This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

PAUL PONT
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

FAUSTIN HÉLIE
Président honoraire à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

LÉON AUCOC
Président de section au Conseil d'État,
Membre de l'Institut.

CH. GIRAUD
Inspecteur général des Facultés de droit,
Membre de l'Institut.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen,
Sénateur.

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris,
Sénateur.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Jalabert, doyen de la Faculté de droit de Nancy;
Gabriel Demante, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Labbé, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Ed. Laferrière, maître des requêtes au Conseil d'État;
C. Accarias, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris;

ET DE MM.

Ernest Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy; **Lyon-Caen, Cauwès**, professeurs agrégés à la Faculté de droit de Paris, et **Gabriel Debacq**, avocat à la Cour d'appel de Paris, pour les travaux critiques et bibliographiques sur les législations étrangères.

XXVIIe ANNÉE

Nouvelle série. — TOME VII

PARIS

A. COTILLON ET Ce, ÉDITEURS, LIBRAIRES DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot, 24

1878

Digitized by Google

Jur.is.
152 hc, NS-7 Revue

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

427 H

Digitized by Google

PARIS. — IMPRIMERIE ARNOUS DE RIVIÈRE, RUE RACINE, 26.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

PAUL PONT
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

FAUSTIN HÉLIE
Président honoraire à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

LÉON AUCOC
Président de section au Conseil d'État,
Membre de l'Institut.

CH. GIRAUD
Inspecteur général des Facultés de droit,
Membre de l'Institut.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen,
Sénateur.

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris,
Sénateur.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Jalabert, doyen de la Faculté de droit de Nancy;
Gabriel Demante, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Labbé, professeur à la Faculté de droit de Paris;
Ed. Laferrière, maître des requêtes au Conseil d'État;
C. Accarias, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris,

ET DE MM.

Ernest Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy; **Lyon-Caen**, **Cauwès**, professeurs agrégés à la Faculté de droit de Paris, et **Gabriel Debacq**, avocat à la Cour d'appel de Paris pour les travaux critiques et bibliographiques sur les législations étrangères.

XXVIIe ANNÉE

Nouvelle série. — TOME VII

PARIS

A. COTILLON ET Ce, ÉDITEURS, LIBRAIRES DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot, 24

1878

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

DE LA DÉNONCIATION DE L'OUVERTURE DE L'ORDRE A L'ADJUDICATAIRE.

Par M. Émile Benoît, Juge au tribunal civil de Marvejols.

L'article 753 du Code de procédure civile, qui prescrit de dénoncer l'ouverture de l'ordre aux vendeur, adjudicataire et créanciers, à ces derniers avec sommation de produire dans les quarante jours, est-il de rigueur et obligatoire vis-à-vis des uns comme des autres, de telle façon que si la notification à l'adjudicataire a été omise ou retardée, le délai de quarante jours ne parte que de l'accomplissement de cette formalité et non des sommations antérieurement effectuées?

Cette question, neuve en jurisprudence, présente, au point de vue juridique, un intérêt assez puissant pour être jugée digne de trouver place dans ce recueil. La Cour de Nîmes, par un arrêt rendu en date du 11 avril 1877, l'a résolue négativement en faisant une juste et saine application des principes de la loi de 1858 sur les ordres.

Avant de rapporter l'arrêt, nous croyons devoir exposer rapidement dans quelles circonstances il a été rendu. Voici les faits :

A la suite de la vente par expropriation forcée des biens d'un sieur C..., qui eut lieu, devant le tribunal d'Avignon, à la requête des mariés de R..., la tentative d'ordre amiable n'ayant pas abouti, un ordre judiciaire fut ouvert à la date du 13 décembre 1875. Le 20 du même mois, les mariés de R... firent, par le ministère de leur avoué, sommation de produire aux créanciers inscrits sur les biens du sieur C...

Digitized by Google

et, le 4 avril 1876 seulement, l'ouverture de l'ordre fut *dénoncée* à l'avoué de l'adjudicataire. Le 6 avril, le juge-commissaire rendit une ordonnance portant que la procédure de l'ordre étant indivisible, il surseyait à la confection de l'état de collocation jusqu'à l'expiration du délai qu'entraînait la dénonciation qui venait d'être faite. A la date du 18 mai 1876, l'avoué poursuivant dénonça la confection de l'état de collocation avec sommation de contredire, s'il y avait lieu, dans le délai de trente jours. Un contredit fut élevé par le Crédit agricole, qui contestait dans leur ensemble les collocations de la dame de R... « par le motif que ladite dame, ayant été sommée « de produire le 22 décembre 1875 et n'ayant déposé sa pro- « duction au greffe que le 10 avril 1876, était déchue de tous « droits dans l'ordre... » Le tribunal d'Avignon, par jugement en date du 28 août 1876, rejeta le contredit formé par le Crédit agricole contre la dame de R... Mais, le Crédit agricole ayant fait appel de ce jugement, la Cour de Nîmes rendit, le 11 avril 1877, l'arrêt suivant : « Au fond : — Attendu qu'un ordre a « été ouvert le 13 décembre 1875 pour la distribution du « prix des biens vendus sur la tête de C...; que le 20 dé- « cembre 1875 la dame de R..., créancière poursuivant « l'ordre, a fait sommer les créanciers inscrits de produire « leurs titres; que la dame C..., femme du débiteur exproprié, « qui s'était rendue adjudicataire, a reçu ledit jour cette « sommation en sa qualité de créancière de ses reprises do- « tales et qu'elle a fait sa production dans les quarante jours;

« Qu'il en fut de même des autres créanciers, à l'exception « de la dame de R..., qui avait négligé de remplir cette for- « malité;

« Attendu qu'après deux mois écoulés depuis l'expiration « des quarante jours, le 4 avril 1876, ladite dame a cru de- « voir dénoncer à l'avoué de l'adjudicataire l'ouverture de « l'ordre et le 10 avril faire sa production; qu'elle a été col- « loquée au rang de son inscription et sa collocation main- « tenue par le jugement dont est appel;

« Attendu que le Crédit agricole, qui vient dans l'ordre en « rang inférieur, a contesté cette collocation et soutenu que « la créance de la dame de R... devait être rejetée de l'ordre;

« Attendu que cette demande est fondée sur les termes « formels des articles 753, 754 et 755 du Code de procédure

Digitized by Google

« civile, d'après lesquels l'expiration des quarante jours à « partir de la sommation de produire faite aux créanciers « emporte de plein droit déchéance contre les non-produi- « sants;

« Que la loi, en édictant cette forclusion, a voulu mettre « un terme aux abus des longues procédures;

« Attendu que le premier juge, pour refuser de prononcer « la déchéance contre la dame de R..., a supposé que la dé- « nonciation de l'ouverture de l'ordre à l'avoué de l'adjudi- « cataire avait ouvert un nouveau délai de quarante jours « pendant lequel la dame de R... avait pu faire sa production; « mais que cette supposition ne repose sur aucun fondement « légal; qu'en effet la loi fait partir le délai pour les pro- « ductions, non de la dénonciation de l'ordre à l'adjudicataire, « mais de la sommation aux créanciers;

« Que si le Code de 1858, à la différence de l'ancien, a pres- « crit la dénonciation à l'adjudicataire de l'ordonnance d'ou- « verture de l'ordre, cette mesure intéresse, non les créanciers, « mais l'adjudicataire qu'on a voulu mettre par là en demeure « de surveiller ses droits, mais il est à considérer que la loi ne « lui impose pas, comme elle le fait pour le créancier, d'uti- « liser l'avertissement qui lui est donné, dans un délai déter- « miné;

« Que cet avertissement, qui lui est adressé pour qu'il se « prépare à payer son prix ou qu'il use du droit de consigna- « tion conféré par l'article 777 du Code de procédure civile, « n'est accompagné d'aucune injonction d'agir, ni non plus « d'aucune déchéance pour n'avoir point agi;

« Que, sans doute, le vœu de la loi est que cet avertissement « soit donné à l'adjudicataire en même temps que la somma- « tion aux créanciers; mais que si, comme dans l'espèce, il « n'est donné qu'après l'expiration des quarante jours qui ont « suivi la dernière sommation, la marche de la procédure « d'ordre ne saurait être suspendue ni arrêtée par ce fait; que « si ce retard occasionne un préjudice à l'adjudicataire, lui « seul pourra se plaindre de l'ignorance dans laquelle on « l'aura laissé;

« Qu'on ne comprend pas à quel titre un créancier pourrait « en exciper et surtout s'en faire un moyen de se relever d'une « déchéance encourue;

Digitized by Google

« Que l'arrêt de cassation du 14 juin 1875 (Dalloz, I, 417), « visé dans le jugement, ne s'applique point à l'espèce;

« Attendu, sous un autre rapport, que de même que la « dame de R... avait considéré comme inutile et frustratoire « de se faire une sommation à elle-même pour produire, de « même et pour un motif semblable, elle n'avait point dé- « noncé, par un acte séparé, l'ouverture de l'ordre à l'adju- « dicataire, jugeant avec raison que la sommation de pro- « duire, adressée le 20 décembre 1875 audit adjudicataire, « en sa qualité de créancier, contenait cette dénonciation;

« Qu'il est impossible de soutenir que l'ouverture de « l'ordre n'avait pas été dès ce moment dénoncée à la dame « C..., adjudicataire, alors surtout que cette dernière a fait « sa production dans le délai légal; d'où la conséquence, en « admettant, par pure hypothèse, que la dénonciation de « l'ouverture de l'ordre fût, comme la sommation aux créan- « ciers, le point de départ d'un délai de quarante jours, que « ce délai était expiré depuis plus de deux mois quand la « dame de R... a fait sa production;

« Que, dans la réalité du fait, la dénonciation du 4 avril « 1875, inutile en tant qu'elle aurait été faite pour avertir « l'adjudicataire qu'il eût à surveiller ses intérêts, n'a eu « d'autre but que de relever la dame de R... des effets d'une « déchéance encourue par sa propre faute, parce que c'est « à elle seule qu'elle doit imputer de n'avoir pas, comme « tous les autres créanciers, produit en temps utile;

« Attendu, dès lors, que c'est mal à propos que le pre- « mier juge a maintenu la collocation de la dame de R... et « qu'il y a lieu de réformer de ce chef sa décision en or- « donnant qu'elle sera rejetée de l'ordre par application de « l'article 755 du Code de procédure civile;

« Par ces motifs, la Cour dit que la créance de la dame « de R... sera rejetée de l'ordre... »

A côté des sommations qui doivent être adressées aux créanciers pour qu'ils aient à produire leurs titres, la loi de 1858 a prescrit une autre formalité : c'est la dénonciation de l'ouverture de l'ordre à l'adjudicataire. L'article 753 du Code de procédure civile est ainsi conçu : « Dans les huit jours de l'ouverture de l'ordre, sommation de produire est faite aux

Digitized by Google

créanciers par acte signifié aux domiciles élus dans leurs inscriptions ou à celui de leurs avoués, s'il y en a de constitués, et au vendeur à son domicile réel situé en France, à défaut de domicile élu par lui ou de constitution d'avoué. La sommation contient l'avertissement que faute de produire dans les quarante jours, le créancier sera déchu. *L'ouverture de l'ordre est en même temps dénoncée à l'avoué de l'adjudicataire.* Il n'est fait qu'une seule dénonciation à l'avoué qui représente plusieurs adjudicataires... »

En assimilant la dénonciation dont s'agit aux sommations adressées aux créanciers inscrits, le tribunal d'Avignon était allé bien loin dans l'application de la loi de 1858 ; son jugement décidait que, si l'on avait omis de dénoncer l'ouverture de l'ordre à l'adjudicataire, le délai accordé pour la production était censé encore ouvert et aucune déchéance ne pouvait être encourue par le créancier qui avait négligé de produire dans les quarante jours, à dater de la dernière sommation.

Voici d'ailleurs les motifs du jugement de première instance :

. . . . . .

« Attendu que les sommations ne sont pas appréciées iso-
« lément à l'encontre de chaque créancier, mais constituent
« une formalité qui opère pour tout le monde en même temps,
« en sorte que c'est la dernière en date qui fait courir le délai
« de quarante jours imparti par la loi et dont profitent les pre-
« miers comme les derniers sommés ; que ce principe, non
« contesté par le contredisant, est par lui expliqué en ce sens
« que les sommations seules sont indispensables pour faire
« courir le délai, mais que la dénonciation soit aux adjudi-
« cataires, soit au vendeur ou exproprié constitue une forma-
« lité surérogatoire, alors surtout que l'adjudicataire joint,
« comme dans l'espèce, cette qualité à celle de créancier ;

« Attendu tout d'abord que l'adjudicataire est, plus que
« tout autre, intéressé à connaître les différentes phases de la
« procédure, les bordereaux une fois délivrés étant immédia-
« tement exécutoires contre lui ; que c'est évidemment pour
« ce motif qu'il est mis en cause dès le début de la procédure
« et doit être convoqué à l'ordre amiable (art. 751), bien qu'il
« soit impuissant à l'empêcher ; qu'au surplus, il suffit d'exa-

Digitized by Google

« miner attentivement le texte de la loi pour être convaincu « que l'article 753 parle cumulativement de la sommation aux « créanciers et de la dénonciation de l'ouverture de l'ordre au « vendeur et à l'adjudicataire, ces formalités étant par le lé- « gislateur placées sur la même ligne doivent à ses yeux être « également nécessaires; qu'il serait contraire à toutes les « règles de l'interprétation de diviser ces prescriptions et de « considérer les unes comme obligatoires, alors que les autres « seraient facultatives; en les plaçant sur la même ligne, la « loi doit évidemment leur accorder la même valeur et on « ne voit pas, en vertu de quel principe on établirait une « distinction qui ne résulte ni du texte ni de l'esprit de la « loi, d'où il suit que la dénonciation ayant été faite le « 4 avril 1875, etc...

« ... Attendu que les critiques élevées contre cette solution « ne sont pas de nature à l'infirmer: d'une part, le texte de la « loi est précis et général et, d'autre part, il ne dépend en « aucune façon des parties intéressées d'éterniser un ordre, « comme on l'affirme bien à tort. L'avoué poursuivant est sous « la surveillance du juge-commissaire, qui peut même le rem- « placer par un autre s'il néglige de remplir en temps op- « portun les prescriptions légales (art. 776); vainement on « objecte que celui qui est renseigné en une qualité n'a pas « besoin de l'être en une autre; que le poursuivant et l'adjudi- « cataire étant également créanciers, la dénonciation faisait « double emploi avec la sommation et n'avait aucune raison « d'être... » (*Suit l'appréciation de la question dans le cas particulier de la qualité du poursuivant et de l'adjudicataire comme étant en outre créanciers.*)

« ... On objecte sans plus de fondement qu'un homme ha- « bile peut trouver dans cette interprétation un moyen com- « mode d'éluder la loi et d'anéantir un ordre compliqué « arrivé à son terme; il suffira de répondre, sans même se « préoccuper de la surveillance du juge-commissaire, que les « tribunaux sont armés de pouvoirs suffisants pour déjouer « de pareilles combinaisons. Garder un silence prudent et « calculé pendant tout le cours d'une longue procédure, dont « on a soi-même la poursuite et la direction, constitue une « fraude *quæ dolo comparatur;* celui qui n'aurait pas d'autre « moyen pour attaquer une ordonnance définitive serait cer-

Digitized by Google

« tainement repoussé, ne pouvant puiser dans une négli-
« gence coupable le moyen de détruire une œuvre à laquelle
« il a activement collaboré.

« Cette distinction équitable et juridique permet de conci-
« lier deux arrêts de la Cour de cassation, l'un du 14 juin
« 1875, qui place sur la même ligne les dénonciations et les
« sommations, l'autre du 26 juin 1872, qui repousse l'attaqu e
« dirigée contre un ordre clôturé par le créancier poursui-
« vant, sa réclamation étant uniquement fondée sur des
« omissions qui lui étaient imputables... »

(*La suite des motifs est relative à d'autres contredits et ne renferme rien touchant la question qui nous intéresse.*)

Quant à nous, nous adoptons entièrement la doctrine professée par la Cour de Nîmes; car elle nous paraît plus en harmonie avec les principes juridiques et la pensée du législateur de 1858. A notre avis, la loi a parfaitement distingué les deux notifications : — sommation aux créanciers inscrits, — dénonciation à l'adjudicataire (art. 753, 754). La sommation seule fait courir le délai pour produire. Afin de justifier la solution adoptée par les juges de première instance, on prétendait que le législateur de 1858 n'aurait pas été très-explicite dans la fixation du point de départ du délai à l'expiration duquel toute production serait réputée tardive et repoussée de plein droit. Mais c'est là ne tenir aucun compte de l'article 755, qui dit formellement que *l'expiration du délai de quarante jours ci-dessus fixé* (art. 753, 754) *emporte déchéance de plein droit;* — ni de l'article 753, qui avait dit que *la sommation doit contenir l'avertissement que, faute de produire dans les quarante jours, le créancier sera déchu.*

L'article 753 fournit même un autre argument quand il dit que *la sommation*, et non pas *la dénonciation, doit contenir l'avertissement que faute de produire* dans le délai de quarante jours, la déchéance sera encourue.

Enfin, ce même article 753 porte : Dans les huit jours de l'ouverture de l'ordre, *sommation de produire est faite aux créanciers*, c'est-à-dire à *chaque créancier*, alors même qu'un avoué en représenterait plusieurs, tandis que, s'il existe plusieurs adjudicataires, il suffit d'une seule *dénonciation* à l'avoué qui les représente; d'où il faut évidemment conclure que la

Digitized by Google

loi attache une tout autre et plus grande importance à l'acte de sommation qu'à l'acte de dénonciation.

Au surplus, l'article 752 vient également à l'appui de notre opinion en disant que le juge-commissaire commettra un ou plusieurs huissiers à l'effet de *sommer les créanciers de produire*, et non pas à l'effet de *dénoncer l'ouverture de l'ordre à l'avoué de l'adjudicataire.*

Il est, d'ailleurs, un argument que nous ne pouvons passer sous silence : le dernier paragraphe de l'article 753 porte que *dans les huit jours de la sommation* faite aux créanciers, et non pas *de la dénonciation* à l'avoué de l'adjudicataire, le poursuivant en remet l'original au juge, qni en fait mention sur le procès-verbal. Bien plus, le texte de l'article 754 porte que c'est dans les quarante jours de *cette sommation*, et non pas de *cette dénonciation*, que tout créancier est tenu de produire ses titres. Si nous passons ensuite à l'article 755, nous voyons que c'est à l'expiration du délai de quarante jours ci-dessus fixé, — c'est-à-dire de *la sommation* dont parlent les deux articles précédents et non pas à l'expiration d'un délai quelconque de *la dénonciation* à l'avoué de l'adjudicataire, — que le juge constate immédiatement et d'office la déchéance et dresse l'état de collocation sur les pièces produites.

En somme, il nous semble que les textes des articles 753, 754 et 755 sont suffisamment clairs et formels et ne prêtent nullement à la controverse.

Au surplus, le rapporteur de la loi du 21 mai 1858, M. Riché, s'est exprimé de manière à ne laisser aucun doute sur la question ; ayant à s'expliquer sur la modification apportée par la nouvelle loi au délai pour produire, il s'est exprimé en ces termes :

« Le délai accordé pour cette production, fixé à trente jours par le projet, a été porté à quarante sur la proposition de votre commission, à cause de *la gravité de la déchéance* qui doit résulter de *la non-production dans le délai.* La conclusion de l'ordre ne sera pas reculée, parce que votre commission a fait réduire à vingt jours les trente qui étaient accordés au juge-commissaire pour dresser l'état de collocation. *Cette déchéance* encourue par les créanciers non-produisants dans le délai est *l'une des graves innovations* du projet de loi. Elle a excité les réclamations de la part de quelques officiers mi-

Digitized by Google

nistériels. Votre commission a pensé, avec le gouvernement, que *l'efficacité de la loi était surtout au prix de cette déchéance. L'expérience a condamné l'inconséquence* du Code actuel qui, *après avoir prescrit la production* dans le mois de la *sommation*, permet en fait de ne produire qu'après ce délai, et même qu'après la confection de l'état de collocation... »

Le rapporteur, répondant ensuite aux réclamations qui s'étaient produites contre cette déchéance, ajoutait :

« *Ni un délai plus long, ni de secondes sommations* au domicile élu, ne donneraient de sérieuses garanties pour le cas d'ignorance de la première sommation... D'ailleurs, exiger de *nouvelles sommations, point de départ d'un second délai*, n'est-ce pas amener les habitudes du Palais *sur la pente de l'abus* et rendre bientôt classique l'usage de ne produire que *pendant le second délai?...* »

Le rapporteur disait enfin, en terminant sur ce point :

« S'associant au système du projet, votre commission n'a pu admettre un amendement de M. Millet, *permettant* au commissaire de *proroger le délai* pour causes graves... »

Ensuite, abordant l'état de collocation provisoire, le rapporteur s'exprimait ainsi :

« Les délais sont expirés (art. 755). Le commissaire, *quarante jours après la date des sommations*, dont l'original est sous ses yeux, constate les déchéances... »

Et l'on pourrait, après cela, prêter au législateur la pensée de faire courir, au besoin, le délai pour produire à partir de la dénonciation de l'ouverture de l'ordre à l'avoué de l'adjudicataire !...

Du reste, avant de s'être exprimé dans les termes qu'on vient de lire sur la formalité de la sommation de produire, — sans mêler à ses explications *le mot même de dénonciation*, — voici comment le rapporteur avait caractérisé la formalité de la dénonciation elle-même :

« L'*utilité* d'avertir l'adjudicataire de l'ouverture de l'ordre s'explique par l'intérêt qu'il a à pressentir le moment de la délivrance des bordereaux ou la consignation exigée par le cahier des charges, par le droit qui peut appartenir à l'acquéreur de se faire colloquer pour les frais de purge. »

Ainsi, dans la pensée du législateur, la formalité de la dénonciation, qui n'existait pas dans l'ancienne loi, n'a été

Digitized by Google

introduite que dans *l'unique intérêt de l'adjudicataire* et ne vise absolument que lui. Ajoutons, avec l'arrêt de la Cour de Nîmes, qu'elle ne lui impose pas, comme le fait la sommation pour les créanciers, d'utiliser l'avertissement qu'elle contient dans un délai déterminé.

Quelle que puisse être, d'ailleurs, l'importance de la dénonciation au point de vue de l'intérêt de l'adjudicataire, cela ne saurait la faire considérer, dans le silence absolu de la loi, comme devant servir de point de départ au délai pour les productions. Ce serait attribuer bénévolement à cet acte, au profit d'un créancier, et d'un créancier négligent, l'extension d'un délai qui vient d'être spécialement imparti à ce même créancier par l'acte de sommation adressé à sa personne.

Quant aux principaux motifs sur lesquels repose la décision des premiers juges, ils ne résistent pas davantage à un examen sérieux, et nous nous permettrons de les discuter en les passant en revue :

1° *Les sommations*, disent-ils, *opèrent pour tous les créanciers, et le délai de quarante jours court à partir de la dernière.* — Les premiers juges appliquent ainsi la même dénomination aux deux actes de sommation et de dénonciation. Mais, grammaticalement parlant, une *sommation* n'est pas une *dénonciation*. L'un n'a pas la même signification que l'autre : l'un est une mise en demeure, l'autre un simple avertissement. L'article 753, d'ailleurs, est loin de les confondre, et ne fait partir le délai de quarante jours que de la *sommation* aux créanciers et nullement de la *dénonciation* à l'adjudicataire. Si l'on a décidé que le délai de quarante jours ne devait courir que de la date de la dernière sommation, c'est là une opinion contestée et parfaitement contestable et qui ne saurait servir de guide dans l'espèce, où l'acte que l'on veut prendre pour point de départ ne saurait être confondu avec un acte de sommation. Ce qui prouve encore que la sommation se distingue nettement de la dénonciation, c'est que ce dernier acte n'était pas exigé par l'ancien Code, qui prescrivait cependant la formalité de la sommation.

2° *L'adjudicataire est, plus que tout autre, intéressé à connaître les différentes phases de la procédure; il doit être convoqué à l'ordre amiable.* — Le législateur, ainsi qu'on l'a vu plus

Digitized by Google

haut, a eu soin d'expliquer en quoi consistait cet intérêt de l'adjudicataire; et c'est précisément, comme il l'a dit lui-même, parce que l'adjudicataire *a intérêt à pressentir le moment de la délivrance des bordereaux* qu'il a voulu sa présence à l'ordre amiable.

3° *Les sommations et la dénonciation sont placées sur la même ligne et sont également nécessaires; elles sont indivisibles et également obligatoires.* — Sans doute, ces deux actes sont placés dans le même article : voudrait-on conclure de là qu'ils ont et doivent avoir l'un et l'autre la même signification et le même but?... Mais ce serait un argument de texte peu sérieux; il manquerait d'ailleurs d'exactitude, car l'article 753 a soin de prescrire la dénonciation dans un alinéa séparé. Quant à conclure que le législateur ait entendu par là les confondre et attribuer à chacun d'eux la même signification, le même but, nous avons déjà répondu plus haut. Ces deux actes sont également *nécessaires et importants!*... Sans doute, mais chacun dans sa portée, dans sa spécialité.

Ils sont également *obligatoires!*... Sans doute, la loi les prescrit l'un et l'autre, mais combien elle est loin de leur accorder la même importance! La sommation doit être exécutée par un huissier spécialement commis, dans un délai déterminé, sous peine de déchéance, tandis que la dénonciation, ainsi que le porte l'arrêt de la Cour de Nîmes, *n'est accompagnée d'aucune injonction d'agir, ni d'aucune déchéance pour n'avoir point agi.* Est-il permis, après cela, d'assimiler ces formalités? Et de ce qu'elles seraient l'une et l'autre obligatoires voudrait-on conclure que la dénonciation peut remplacer la sommation, que l'une peut être substituée à l'autre? Ce serait assurément là un raisonnement bien étrange et peu digne d'être discuté.

Enfin, dit le jugement, la sommation et la dénonciation sont *indivisibles.* Mais rien n'est plus divisé, au contraire, que ces deux actes : l'un s'adresse aux créanciers, sans avoir trait à l'adjudicataire, l'autre s'adresse à l'adjudicataire, sans avoir trait aux créanciers. L'un, on vient de le voir, est suivi d'une déchéance; l'autre, au contraire, n'en entraîne aucune. Voudrait-on induire leur prétendue indivisibilité de ces mots de l'article 753 : *en même temps?* Mais ces expressions ne veulent évidemment dire que ceci : *dans les mêmes huit jours de l'ou-*

Digitized by Google

verture de l'ordre que doit être faite aux créanciers la sommation de produire, cette ouverture est dénoncée à l'avoué de l'adjudicataire. La circulaire du ministre de la justice, en date du 2 mai 1859 et relative à l'exécution de la loi du 21 mai 1858, renferme le passage suivant qui vient à l'appui de notre thèse : « L'article 753 *fixe le délai* (huit jours) dans lequel l'avoué poursuivant est tenu de dénoncer l'ouverture de l'ordre à l'avoué de l'adjudicataire et de faire à chacun des créanciers inscrits sommation de produire. » Est-ce que ces deux formalités seraient indivisibles par cela même qu'elles devraient être remplies dans le cours d'un même délai? Ajouterait-on qu'il y a connexité entre elles? Mais la connexité entre deux actes, leur assimilation peut-elle résulter de leur seule réunion dans un même texte, alors surtout qu'ils y sont parfaitement distincts l'un de l'autre?

4° *Le poursuivant est sous la surveillance du juge-commissaire qui peut le remplacer, s'il est négligent à remplir les formalités en temps opportun.* — On peut objecter à la solution adoptée par les juges de première instance les inconvénients qui résulteraient de ce que le délai pour produire aurait pour point de départ tantôt la sommation, tantôt la dénonciation, et cela dans une procédure que l'on a voulu faire aussi rapide que possible. Les premiers juges ont répondu à cette objection en disant que ces inconvénients ne sont pas à redouter, en présence du droit conféré au juge-commissaire par l'article 776 de remplacer, s'il est négligent, l'avoué du poursuivant chargé de faire et la sommation et la dénonciation. Mais ce moyen de parer aux inconvénients signalés est loin de résoudre la question de savoir si les quarante jours pour produire doivent partir de la sommation aux créanciers ou de la dénonciation à l'adjudicataire; car, dans l'un et l'autre cas, il peut y avoir également négligence de la part du poursuivant à accomplir chacun de ces actes, et par suite, obligation pour le juge-commissaire de le remplacer dans la poursuite de l'ordre.

5° Enfin le jugement de première instance, si justement réformé par la Cour, trouverait, a-t-on dit, sa justification en quelque sorte dans un arrêt de la Cour de cassation du 14 juin 1875 (Dalloz, 75, 1, 417), qui décide que *le délai pour contredire un règlement provisoire d'ordre court, pour chaque créancier, non du jour de la dénonciation qui lui est faite personnelle-*

Digitized by Google

ment, mais du jour du dernier acte de dénonciation fait à l'une des parties intéressée, c'est-à-dire à l'un des créanciers produisants, à la partie saisie ou au vendeur. Mais, ainsi que le fait remarquer la Cour, cet arrêt ne s'applique point à l'espèce où il s'agit d'une déchéance faute de produire. La même disposition qui renferme le délai pour contredire (art. 755), et celle qui prononce la forclusion pour n'avoir pas contredit dans ce délai (art. 756), renferment également l'une et l'autre la désignation formelle à ceux à qui elles sont applicables; ce qui ne se rencontre pas dans les articles 753 et 754, et cela seul pourrait justifier la différence de solution. La décision de la Cour de cassation est, du reste, contredite, entre autres autorités, par un arrêt de la Cour de Bordeaux du 1er août 1873 (Dalloz, *ib.*, 5, 317, n° 14), qui porte, au contraire, que *le délai pour contredire court, pour chaque créancier, du jour de la notification personnelle qui lui est faite, et non pas seulement de la dernière notification faite à d'autres créanciers et à la partie saisie.*

En terminant ces observations sommaires, nous devons dire que la solution adoptée par la Cour de Nîmes, et qui renferme une saine appréciation des principes de la procédure de l'ordre, est soutenue par les auteurs [1] : ils n'ont pas prévu que cette question pût donner lieu à une sérieuse controverse. On peut consulter à ce sujet le *Répertoire* de Dalloz, v° ORDRE ENTRE CRÉANCIERS, n° 395, où se trouvent, de plus, indiquées diverses autorités. ÉMILE BENOIT.

DE L'INCENDIE DE LA CHOSE LOUÉE.

Par M. L. GUILLOUARD,

Avocat, professeur agrégé à la Faculté de droit de Caen.

1. La perte de la chose louée, pendant la durée du bail, fait naître entre le bailleur et le preneur de graves questions de responsabilité : auquel des deux incombe la réparation du préjudice causé à l'autre ? La réponse varie suivant la cause

[1] Voir Chauveau, *Proc. de l'ordre*, question 2554 sexies; Seligmann, annoté par Pont, § 287.

Digitized by Google

de la perte : est-elle due à la faute du locataire? Il devra indemniser le propriétaire de la perte qu'il éprouve.

Provient-elle de l'incurie du propriétaire, de la mauvaise construction de la chose louée ou du défaut de réparations à la charge du bailleur? Celui-ci sera obligé de réparer le préjudice que la résiliation prématurée du bail va occasionner au locataire.

Enfin, si cette perte est due à la force majeure ou à un cas fortuit, le bail est résilié sans indemnité ni de part ni d'autre. Mais, si le locataire allègue le cas fortuit ou la force majeure, c'est sur lui que pèse le fardeau de la preuve : obligé par le contrat de louage de veiller à la conservation de la chose louée, il doit la représenter ou établir, si elle a péri, qu'elle a péri sans sa faute ni son fait.

Cette solution est donnée, pour toutes les obligations, par l'article 1302 : après avoir posé la règle que la perte fortuite de la chose due libère le débiteur de l'obligation de la fournir, l'article ajoute : « Le débiteur est tenu de prouver le cas « fortuit qu'il allègue. »

2. L'application de ces principes généraux au cas d'*incendie* de la chose louée soulève législativement de sérieuses difficultés. Il est certain que le locataire devra, pour se libérer, prouver l'incendie de la chose louée, mais cette preuve suffit-elle? L'incendie n'est pas toujours, il n'est même pas souvent le résultat d'un cas fortuit, mais bien de l'imprudence ou de la négligence des personnes qui habitent dans la maison : ne faut-il donc pas imposer au locataire, pour l'exonérer de toute responsabilité, la preuve que l'incendie est dû au cas fortuit ou à la force majeure, et s'il ne fait pas cette preuve, le déclarer responsable de l'incendie? Sans doute il peut paraître dur, lorsque la cause de l'incendie reste ignorée, de faire supporter par le locataire les conséquences d'un fait qui peut être fortuit; mais outre que cette solution est conforme aux principes sur la perte de la chose due, elle présente encore moins d'inconvénients que la solution contraire, qui ferait peser sur le propriétaire le fardeau d'une preuve impossible pour lui. Si en effet il est difficile au locataire, qui habite dans la maison, de prouver la cause de l'incendie qui l'a détruite, la difficulté n'est-elle pas beaucoup plus grande pour le propriétaire, qui sera

Digitized by Google

souvent éloigné et devra, pour connaître les causes de l'incendie, faire appel au temoignage intéressé du locataire et de ses gens, d'ordinaire les seuls témoins du début du sinistre?

La difficulté s'accroît encore s'il y a plusieurs locataires dans la maison incendiée: lorsqu'on ignore chez lequel le feu à commencé, doit-on dire qu'aucun n'est responsable, parce qu'il est impossible de présumer la faute de l'un plutôt que de l'autre? Ou au contraire qu'ils sont tous responsables, faute par chacun d'eux d'établir que l'incendie ne provient pas de sa faute?

3. Les lois romaines ne présentent pas de règles précises sur ces diverses questions, et il n'y a pas au titre *Locati conducti* de textes indiquant nettement le degré de responsabilité qui pèse au cas d'incendie sur le *conductor*. On voit seulement dans la loi 11, § 2, que le locataire ne répond pas de l'incendie arrivé par *cas fortuit*, à moins qu'il n'ait accepté la clause *ignem ne habeto*: « *Si hoc in locatione convenit*, ignem « ne habeto, *et habuit, tenebitur, etiamsi fortuitus casus admisit* « *incendium, quia non debuit ignem habere.* » Cette solution, confirmée par la loi 9, § 3, *eod. tit.*, montre bien que le locataire ne répond en principe que de sa faute, mais elle n'indique nullement à laquelle des parties il incombe de faire la preuve soit de la faute, soit du cas fortuit.

La loi 3, § 1, ff., *De officio præfecti vigilum* (I, 15), souvent citée à propos de notre question, ne nous paraît d'aucun secours pour indiquer quels principes avaient admis les jurisconsultes romains. Voici comment elle est conçue: « *Et quia plerumque incendia culpâ fiunt inhabitantium, aut* « *fustibus castiget eos, qui negligentius ignem habuerunt, aut* « *severa interlocutione comminatus, fustium castigationem* « *remittit.* » Ce texte, qui s'occupe uniquement des fonctions du préfet des gardes de nuit, et qui indique comment il doit châtier ceux dont la négligence a pu être cause de l'incendie, ne tranche point la question de preuve: tout au plus peut-on en induire que, dans la pensée des jurisconsultes romains, l'incendie n'était pas *à priori* considéré comme un cas fortuit, puisque Paul déclare dans cette loi qu'il est dû le plus souvent à la faute des habitants.

4. Un texte, au titre *De periculo et commodo rei venditæ*

Digitized by Google

(XVIII, 6), la loi 11, s'occupe de la responsabilité du vendeur d'une maison qui est incendiée avant que l'acheteur en ait prit possession : « *Si vendita insula combusta esset, cum « incendium sine culpâ fieri non potest, quid juris sit ? Res- « pondit : Quia sine patrisfamilias culpâ fieri potest, neque si « servorum negligentiâ factum esset, continuo dominus in culpâ « erit. Quamobrem si venditor eam diligentiam adhibuisset in « insulâ custodiendâ, quem debent homines frugi et diligentes « prestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit.* » Il est certain que la solution fournie par cette loi peut être invoquée par analogie pour apprécier la responsabilité du *conductor,* car la théorie de la prestation des fautes est la même en matière de vente et de louage : dans ces deux contrats, intéressés de part et d'autre, le détenteur de l'objet vendu ou loué doit apporter à la garde de cet objet les soins d'un bon père de famille (voir notamment loi 5, § 2, ff., *Commodati vel contra*, XIII, 5) : mais qnelle est cette solution?

Tout ce qui résulte de cette loi, c'est que le vendeur sera responsable de l'incendie s'il n'a pas apporté à la conservation de la chose les soins d'un bon père de famille ; mais est-ce à lui de prouver qu'il a apporté ces soins, est-ce au contraire à l'acquéreur de prouver sa faute? A cette question, qui seule est délicate, la loi 11 ne répond pas.

5. Il faut donc recourir aux principes généraux sur la preuve en matière de faute pour savoir auquel, du locataire ou du locateur, incombe la preuve : or il résulte de divers textes, notamment de la loi 5, au Code, *De pigneratitiâ actione* (IV, 24), que celui qui doit apporter à la conservation de la chose les soins d'un père de famille diligent est tenu, au cas de perte de cette chose, de prouver qu'il les a apportés : « *Si creditor sine vitio suo argentum pignori datum perdiderit, « restituere id non cogitur : sed si culpæ reus deprehenditur*, vel « non probat manifestis rationibus se perdidisse, *quanti « debitoris interest, condemnari debet.* » (Loi précitée; *sic* Molitor, *Des obligations en droit romain*, I, n° 213; Maynz, *Des obligations*, § 5 et note 24.)

Le locataire étant tenu comme le vendeur de conserver la chose comme le ferait un père de famille soigneux, ce sera donc à lui de prouver, au cas d'incendie, qu'il a donné ces

Digitized by Google

soins auxquels la loi l'oblige, et d'établir ainsi, indirectement, que l'incendie est arrivé sans sa faute.

6. En résumé, d'après la loi romaine, lorsque la maison louée était détruite par un incendie, le locataire était responsable à moins qu'il ne prouvât qu'il avait apporté, pour conserver sa maison, tous les soins d'un bon père de famille. Mais, si la maison louée était occupée par *plusieurs locataires*, aucune loi ne dit comment se répartit entre eux la responsabilité de l'incendie, pour le cas où ils ne feraient pas la preuve de leur diligence.

7. La solution que nous venons d'indiquer comme étant la solution romaine, ne résulte d'aucun texte précis, comme on l'a vu : aussi, dans notre ancien droit, fut-elle loin d'être admise sans controverses, et donna-t-elle lieu à de savantes et nombreuses dissertations. « Les docteurs sont partagés « sur ce point, dit Basnage, lorsque la cause de l'incendie « n'est point connue, si le fermier en est responsable, à faute « de justifier que le malheur n'est point arrivé par sa faute « ni par celle de ses domestiques. » (*Sur l'art.* 453 *de la cout. de Normandie*, t. II, p. 333.)

Quelques auteurs, parmi lesquels Voët (*Ad legem Aquiliam*), estimaient que le locataire n'avait rien à prouver, et que si la cause de l'incendie restait ignorée, le propriétaire seul devait en subir les conséquences. Cette opinion avait prévalu dans le Hainaut, et l'article 8, ch. CXVII, des chartes générales de cette province était ainsi conçu : « Si le feu se « prenoit en quelque maison, ou autre édifice tenu à louage, « le louagier ne sera suject à quelque restitution, s'il n'est « trouvé coupable ou ses domestiques. »

8. Toutefois l'opinion contraire avait fini par triompher en doctrine et en jurisprudence : « C'est une maxime du palais, « dit Basnage (*op.* et *loc. cit.*), que le locataire ou le fermier « doit prouver la cause de l'incendie; autrement on présume « que le mal est arrivé par sa faute ou par celle de ses do- « mestiques. » — « Comme les incendies, dit Pothier, arri- « vent ordinairement par la faute des personnes qui demeu- « rent dans les maisons, lorsqu'une maison est incendiée, « l'incendie est facilement présumé arrivé par la faute du « locataire ou par celle de ses domestiques, desquels nous « venons de dire qu'il est responsable. C'est pourquoi il est

Digitized by Google

« en ce cas tenu de rétablir la maison incendiée; à moins « qu'il ne justifie que l'incendie est arrivé par un cas fortuit, « ou que le feu a été communiqué par une maison voisine « où il avait commencé. » (*Traité du contrat de louage*, n° 194.)

Divers arrêts, notamment du 24 janvier 1637 et du 11 décembre 1657, avaient consacré cette doctrine. Bien plus, un arrêt du 6 mars 1627, exagérant encore cette théorie, jugea que si la cause de l'incendie était ignorée, le propriétaire dans la maison duquel le feu avait pris devait indemniser les propriétaires *voisins* aux immeubles desquels le feu avait été communiqué : même jurisprudence dans un arrêt du 22 août 1743. « Cet arrêt est fondé, dit Denisart, sur ce que le cas « fortuit ne se présume pas en fait d'incendie, s'il n'est pas « prouvé. La présomption de droit est que le feu qui a pris « dans une maison a été causé par la faute ou par la négli- « gence de celui qui l'habite, ou de ses domestiques, dont il « est responsable dans ce cas. » (*Nouveau Denisart*, v° INCENDIE, n° 7.)

9. S'il y avait plusieurs locataires dans la maison incendiée, et qu'on ne sût ni où ni comment le feu avait commencé, les avis étaient encore partagés sur leur responsabilité. D'après Pothier (*op.* et *loc. cit.*), aucun d'eux n'était responsable : « S'il y avait plusieurs locataires principaux « dans une maison, c'est le locataire de la partie par où le « feu a commencé qui est le seul tenu de l'incendie. Mais « si on ne sçoit par où le feu a commencé, en seront-ils tenus « tous? Aucun n'en sera-t-il tenu?

« Je pense qu'aucun n'en sera tenu : car étant entièrement « incertain par la faute duquel le feu a pris, il ne peut y avoir « lieu contre aucun d'eux à aucune présomption de faute, « qui puisse servir de fondement contre lui à la demande que « donnerait le locateur pour faire rétablir sa maison; et par « conséquent la demande ne peut procéder contre aucun. »

L'opinion de Pothier n'avait pas prévalu en jurisprudence, et un arrêt du Parlement de Paris du 3 août 1777, rendu sur les conclusions conformes de l'avocat général Séguier, avait jugé au contraire que *tous* les locataires étaient responsables, vis-à-vis du propriétaire, de l'incendie dont la cause restait ignorée.

Digitized by Google

10. Tels étaient les précédents lorsque le Code fut rédigé : le projet du gouvernement présenta deux articles, les art. 49 et 50 du titre XIII, correspondant aux articles 1733 et 1734, ainsi conçus :

Art. 49. « Il répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve « qu'il est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par un « vice de construction de la cheminée, ou qu'il a été com- « muniqué par une maison voisine. »

Art. 50. « S'il y a plusieurs locataires dans la maison, tous « sont solidairement responsable de l'incendie, excepté qu'ils « ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation « de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en est tenu : ou que « quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commen- « cer chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus. » (Fenet, t. II, p. 358.)

11. Le premier de ces deux textes, l'article 49, devenu l'article 1733, ne fut l'objet d'aucune critique. Nous voyons seulement qu'au Conseil d'État M. Defermon fit observer « qu'il « imposait au preneur une obligation à laquelle il lui serait « difficile de satisfaire. Comment pourrait-il prouver que « l'événement est arrivé sans sa faute ? » M. Tronchet répondit « que les preuves de cette nature se tirent des circon- « stances », et l'article fut voté sans autre controverse (Fenet, t. XIV, p. 249-250).

Notons cependant que le tribunal de cassation avait proposé un article additionnel qui aurait singulièrement étendu la responsabilité des locataires et créé pour les propriétaires, habitant dans leur maison, une situation très-périlleuse. Cet article additionnel, qui heureusement n'a pas été voté, était conçu en ces termes : « Celui qui jouit, soit comme propriétaire, soit comme locataire, d'un apppartement dans le- « quel prend le feu qui se communique *aux maisons voisines*, « est responsable du dommage que souffrent ces maisons, à « moins qu'il ne prouve que l'incendie a pour cause un fait « qui lui est étranger, ainsi qu'il est dit pour le locataire « respectivement au propriétaire, au titre du louage. » (Fenet, t. II, p. 605.)

12. Au contraire, la disposition de l'article 50, aujourd'hui l'article 1734, fut l'objet de critiques vives, notamment de la part des tribunaux d'appel de Lyon (Fenet, t. IV, p. 200-201),

Digitized by Google

Toulouse (Fenet, t. V, p. 619) et Colmar (Fenet, t. III, p. 490). Les observations très-bien motivées de ce dernier tribunal méritent d'être connues : « Cet article paraît contraire à l'équité « et à tous les principes. Nul ne peut être obligé sans son « consentement : la loi ne peut obliger personne à courir « des risques qu'on ne peut prévoir, ou qu'on ne peut éviter « sans s'obliger volontairement. Qu'un propriétaire puisse « convenir avec ses locataires d'une telle condition, rien « n'est plus licite; mais que la loi oblige en pareil cas, elle « serait injuste.

« Je loue un appartement dans une maison (ceci s'entend « principalement de Paris et des grandes villes); vingt autres « locataires occuperont la même maison; je ne les connais « pas; ils n'ont pas été admis comme locataires de mon con- « sentement; je n'ai aucune surveillance sur eux; je n'ai « aucun droit de les contraindre à prendre les précautions « nécessaires pour éviter un incendie. Cet accident arrive ce- « pendant, et, par événement, je suis, de tous les locataires, « le seul solvable; je ne puis faire la preuve négative impo- « sée, preuve difficile et presque impossible; le feu a pu « prendre de nuit, dans des cheminées qui se communi- « quent, dans quelque endroit enfin à l'usage commun des « locataires; et ce sera moi seul qui serai responsable, tandis « que c'était au propriétaire à surveiller, et surtout à n'ad- « mettre dans sa maison que des gens honnêtes, prudents, « solvables, qui puissent de toutes manières garantir leurs « actions!!!... »

Comme conclusion de ses critiques, le tribunal de Lyon proposait la rédaction suivante : « Si aucun ne peut « prouver dans l'habitation duquel le feu a commencé, ils « sont tenus des dommages chacun pour sa part et por- « tion. »

13. Néanmoins l'article 51 fut voté sans modifications, et voici comment M. Mouricault, dans son rapport au Tribunat, justifie ses dispositions : « Beaucoup de jurisconsultes, et « Pothier parmi eux, prétendent qu'alors aucun des loca- « taires n'est tenu de dédommager le propriétaire; qu'au « moyen de l'incertitude, la présomption de faute, qui doit « servir de base à la garantie, ne s'élève contre personne. « D'autres pensent que tous les locataires, en ce cas, sont so-

Digitized by Google

« lidairement garants. C'est cette dernière opinion que le « projet consacre, et votre section a pensé que c'était avec « raison.

« Dans ce cas, en effet, il y a un point certain : c'est que « le propriétaire qui éprouve le dommage a droit à une in- « demnité, et à côté de ce droit est le fait également certain « que l'incendie, ayant commencé dans la maison, est le « produit de la faute des locataires, quels qu'ils soient. C'est « donc sur ces locataires que doit porter l'action de garantie ; « et, quand le coupable n'est pas connu, il faut bien que ce « soit sur tous. C'est à eux à se surveiller mutuellement, sur- « tout désormais, au moyen de l'avertissement que la loi « leur donne ici. Il en résultera non-seulement que le pro- « priétaire lésé ne restera pas sans indemnité, mais encore « qu'une surveillance plus active préviendra, sinon toujours « l'incendie, du moins toujours ses progrès ; et, sous ce « point de vue, la disposition du projet a le double mérite « d'être juste et salutaire. » (Fenet, t. XIV, p. 328-329.)

14. Voici, dans leur rédaction définitive, les deux textes qui régissent les rapports du propriétaire et du locataire au cas d'incendie de la chose louée :

Art. 1733. « Il répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve :

« Que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force ma- « jeure, ou par vice de construction,

« Ou que le feu a été communiqué par une maison voi- « sine. »

Art. 1734 « S'il y a plusieurs locataires, tous sont soli- « dairement responsables de l'incendie,

« A moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé « dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en « est tenu ;

« Ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu « commencer chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont pas « tenus. »

15. Trois motifs principaux peuvent être donnés pour justifier l'article 1733 en tant qu'il met à la charge des locataires la responsabilité de l'incendie, sauf preuve contraire.

En premier lieu, en fait, comme nous l'avons déjà dit, l'incendie est rarement dû à un cas fortuit, mais bien plutôt à

Digitized by Google

l'imprudence des personnes qui habitent dans la maison : eût-il même pour cause un cas fortuit, souvent la surveillance des habitants eût pu en arrêter le développement et empêcher la ruine de la maison. Cette surveillance ne peut émaner du propriétaire, qui n'a même pas le droit de pénétrer dans la maison louée pour contrôler la conduite de son locataire : il est donc naturel de demander compte de l'incendie de la maison au locataire, qui en est le seul gardien.

En second lieu, le locataire qui n'a pas commis de faute pourra assez souvent faire la preuve que la cause de l'incendie ne provient pas de lui. En effet, habitant dans la maison, il a assisté aux débuts de l'incendie, il sait exactement l'heure et l'endroit précis où il a pris naissance, et peut prouver que lui et les siens n'ont commis aucune imprudence pouvant donner naissance au sinistre. Au contraire, si la preuve incombait au propriétaire, comment pourrait-il la faire? Il habite un quartier différent, peut-être une ville éloignée; il n'a connu l'incendie qu'à un moment où il était impossible d'en conjecturer les causes, et il ne pourrait faire appel qu'au témoignage suspect des gens du locataire ou de ses voisins immédiats.

Enfin, en droit, le locataire, comme tout autre débiteur qui se prétend libéré par la perte fortuite de la chose due, doit prouver le cas fortuit qu'il allègue : chargé de garder la chose louée, obligé de la représenter, il doit établir qu'elle a péri sans sa faute, et l'incendie, bien loin de démontrer l'absence de faute du locataire, fait bien plutôt présumer qu'il en a commis une.

16. Au contraire, la responsabilité solidaire édictée par l'article 1734 nous paraît impossible à justifier.

Ce n'est pas à dire que nous lui préférions la théorie de Pothier, d'après laquelle aucun des locataires ne serait responsable. Merlin nous paraît l'avoir victorieusement réfutée dans les lignes suivantes : « Il serait en effet bien singulier « que l'on fût sans action, dans le cas où le nombre des lo- « cataires multiplie la présomption de faute, tandis que les « auteurs cités eux-mêmes en accordent une dans le cas où « il ne se trouve dans la maison qu'un seul chef de famille, et « que par conséquent la présomption de faute a moins de la- « titude. » (*Répert.*, v° INCENDIE, § II, n° IX.)

Digitized by Google

Nous ajouterons qu'en droit, si le locataire unique est obligé de conserver la maison louée ou de prouver qu'elle a péri sans sa faute, l'obligation de plusieurs locataires est la même, chacun en ce qui le concerne. Elle est restreinte pour chacun d'eux à la portion de maison qu'il a louée, mais pour cette portion, le locataire est tenu aussi étroitement qu'il le serait pour une maison entière, et obligé de prouver le cas fortuit qu'il allègue.

17. Mais l'article 1734 va plus loin; il ne se borne pas à dire que chacun des locataires sera responsable *de la portion de maison qu'il occupe*, ce qui nous paraît être la solution vraie : il déclare qu'ils sont tous *solidairement* responsables; pourquoi cela, et à quel titre chacun d'eux devra-t-il répondre de la part et portion des autres?

Le tribun Mouricault, dans le passage de son rapport que nous avons cité (n° 13), réfute bien l'opinion de Pothier, mais il ne nous paraît donner aucune bonne raison en faveur de la responsabilité *solidaire* que l'article édicte. L'idée qui paraît avoir dominé est une idée plus utilitaire que juridique : par ce moyen on forcera les locataires à se surveiller mutuellement.

Est-il nécessaire de faire remarquer que malgré l'article 1734 cette surveillance est absolument impossible, et que si quelque locataire voulait l'exercer en s'armant des paroles de Mouricault, il serait repoussé avec énergie par ses colocataires? Ceux-ci lui répondraient avec raison qu'ils sont maîtres chez eux, et que si le propriétaire n'a pas le droit de surveiller la manière dont ils se chauffent, un des locataires ne peut avoir plus de droit que lui.

Enfin cette surveillance fût-elle possible en fait, ce qui n'est pas, la solution de l'article 1734 n'en serait pas moins mauvaise : comment imposer une telle obligation à des locataires qui, comme le disait la Cour de Colmar, ne se sont pas choisis et ne se seraient peut-être pas acceptés, et que le hasard ou le caprice du propriétaire ont seuls réunis sous un même toit? La solidarité suppose une association librement contractée, entre personnes qui se connaissent et qui acceptent de répondre l'une de l'autre : est-ce que telle est la situation des locataires?

Digitized by Google

Aussi, bien loin d'essayer de justifier la disposition de l'article 1734, nous ne pouvons qu'en regretter la présence dans le Code.

18. Nous étudierons sur cette matière les quatre questions suivantes:

I. — *Dans quel cas le locataire est-il responsable de l'incendie, d'après l'article* 1733, *et comment peut-il se soustraire à cette responsabilité?*

II. — *Quelle est la portée de la règle de l'article* 1734, *d'après laquelle les locataires sont solidairement responsables de l'incendie?*

III. — *Les articles* 1733-1734 *peuvent-ils être étendus à d'autres matières que celle du louage?*

IV. — *Quel est le montant des dommages-intérêts que peut réclamer le propriétaire dont la maison est incendiée?*

I

19. La règle est clairement écrite dans l'article 1733: « Il (le locataire) répond de l'incendie, à moins qu'il ne « prouve, etc... » C'est-à-dire que de plein droit, dès que la chose louée est incendiée, le locataire est obligé d'indemniser le propriétaire du préjudice que cet incendie lui cause. Le locataire est toujours présumé en faute, et le propriétaire n'est astreint a aucune preuve.

Seulement la présomption qui frappe le locataire n'est pas et ne pouvait être une présomption *juris et de jure:* l'incendie peut être le résultat du cas fortuit ou de la force majeure, et l'article 1733, d'accord en cela avec la raison, admet le locataire à prouver contre la présomption de faute édictée contre lui.

Il peut, disons-nous, faire la preuve contraire; mais comment et par quel moyen? S'il prouve directement le cas fortuit déterminé ou la force majeure qui ont occasionné l'incendie, ou bien encore la communication du feu par une maison voisine, rien de mieux: il est dans le texte même de l'article 1733. Mais peut-il, sans faire cette preuve directe et positive de la cause de l'incendie, se borner à établir qu'il

Digitized by Google

n'a commis aucune faute, aucun fait pouvant occasionner l'incendie, quelle qu'en soit d'ailleurs la cause qui est restée inconnue? Peut-il, par exemple, se contenter de prouver que le feu a pris naissance dans un appartement où ni lui ni les siens n'ont mis le pied depuis plusieurs jours, et cette preuve *négative* suffit-elle pour le décharger de la responsabilité?

Il n'y a pas, dans tout notre sujet, de question plus discutée ni plus importante que celle-là.

20. Une opinion qui compte dans la doctrine les défenseurs les plus autorisés, Toullier (XI, 161), Marcadé (art. 1733-1734, I), Aubry et Rau (IV, § 367, texte et notes 20, 21 et 22), affirme que le locataire doit faire la preuve directe et positive *de la cause* de l'incendie. Nous ne pouvons mieux faire, pour exposer cette opinion, que de citer le passage dans lequel Marcadé la défend avec sa logique accoutumée.

« Ce n'est pas une simple preuve *négative* de l'absence de « faute que la loi demande ici, c'est la preuve *positive* de « l'une des trois causes précisées dans l'article. A tort ou à « raison la loi, pour forcer les locataires à une vigilance « plus grande, ne les décharge qu'à la condition d'indiquer « la cause de l'incendie; elle pense que le besoin pour le « locataire de savoir, afin de pouvoir le dire lui-même, « quelle est la cause de l'événement, le poussera, de même « que l'idée d'une responsabilité solidaire, a exercer une sur- « veillance plus active, non-seulement sur les gens de sa « maison, mais aussi sur les autres locataires, sur les voi- « sins, sur les tiers, et arrivera dès lors à prévenir ou à arrê- « ter beaucoup de ces sinistres, qui ne sont déjà que trop « nombreux.

« Non, la loi ne se contente pas de la négation du loca- « taire qui, sans arriver à l'affirmation d'une des trois « hypothèses prévues, se contenterait de prouver qu'il n'est « pas en faute; et la preuve de cette idée se trouve, claire « et saillante, et dans notre article 1733 et surtout dans sa « combinaison avec celui qui le précéde et celui qui le « suit... D'abord, si le législateur n'avait eu que la pensée « qu'on lui prête, s'il avait voulu dire que le locataire ferait « cesser sa responsabilité de l'incendie en prouvant seule- « ment qu'il a eu lieu sans sa faute, à quoi bon ce soin de

Digitized by Google

« détails et d'hypothèses ainsi précisés? Évidemment, si « telle avait été sa pensée, il eût dit tout simplement ici ce « qu'il venait de dire dans l'article 1732 : *A moins qu'il ne « prouve qu'il a eu lieu sans sa faute*... Mais il y a plus. Non- « seulement l'article 1733, dans cette supposition, ne serait « pas rédigé tel qu'il est, mais il n'existerait même pas, et « les rédacteurs n'auraient pas songé à l'écrire, car il ne « servirait à rien, et sa suppression complète ne ferait aucune « espèce de changement dans le Code. Déclarer que le « locataire répond DE L'INCENDIE arrivant pendant sa jouis- « sance à moins qu'il ne prouve *qu'il a eu lieu sans sa faute,* « ce serait parler pour ne rien dire, quand on vient de pro- « clamer qu'il répond DE TOUTES DÉGRADATIONS OU PERTES qui « arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve « *qu'elles ont eu lieu sans sa faute!* Entendre l'article 1733 « comme le font MM. Duvergier, Troplong et autres, c'est « donc tout bonnement le supprimer et le retrancher du « Code, en disant que le législateur ne l'a écrit que pour « répéter de suite une seconde fois ce qu'il venait de dire « dans l'article précédent!... Et si l'article 1732 indique le « sens du nôtre, l'article 1734 ne l'indique pas moins, puis- « qu'il prouve péremptoirement que le Code entend bien « mettre l'incendie en dehors du droit commun et en faire « une position exceptionnelle. Puisque l'incendie est à ses « yeux un cas à soustraire aux principes ordinaires et à « régir par des règles à part et plus sévères, ce n'est donc « pas pour reproduire la règle générale de l'article 1732 « qu'est faite la règle spéciale de l'article 1733! Nous n'hési- « tons donc pas à dire que M. Zachariæ (t. III, p. 13) et ses « annotateurs, qui tiennent pour la nécessité d'une preuve « affirmative de l'un des trois cas indiqués, sont seuls dans « le vrai à cet égard. »

21. L'opinion contraire, qui se contente de la preuve négative de l'absence de faute du locataire, a été soutenue dans la doctrine par Duvergier (I, n° 435) et Troplong (I, n° 382), et elle a été consacrée par un si grand nombre d'arrêts que la jurisprudence est, on peut le dire, aujourd'hui fixée en ce sens.

Pour nous, après avoir hésité, nous sommes maintenant convaincu, surtout par l'étude des précédents historiques,

Digitized by Google

que la jurisprudence a raison et que le locataire peut se borner à prouver qu'il n'a pas commis de faute.

Les deux arguments principaux de Marcadé sont, d'une part, l'inutilité de l'article 1733 dans notre opinion, et de l'autre, la forme de rédaction de ce texte, qui prouve que le législateur a entendu restreindre le cercle des preuves.

La réponse au premier argument nous paraît facile : l'article 1733, qui paraît inutile à Marcadé, était très-utile en 1804 pour mettre fin à la controverse qui s'était élevée dans notre ancien droit sur le point de savoir auquel, du locataire ou du propriétaire, incombait le fardeau de la preuve. L'article 1733 était utile, après l'article 1732, pour proclamer que l'incendie n'était pas considéré comme un cas fortuit, et pour rejeter l'opinion admise par Voët et consacrée par la coutume de Hainaut; il était utile pour empêcher la question de s'agiter de nouveau après la promulgation du Code. L'article 1733 a donc pour but, non pas de répéter ce qui vient d'être dit dans l'article 1732, mais d'indiquer qu'on doit faire application au cas d'incendie du principe général écrit dans l'article 1732, et il était nécessaire de le dire pour ce cas particulier.

22. Le second argument, la forme restrictive de la rédaction de l'article 1733, qui semble en effet limiter le nombre et le mode des preuves, disparaît si l'on rapproche ce texte du passage de Pothier auquel il est emprunté.

Personne ne soutient que dans notre ancien droit, où la théorie de Pothier avait fini par prévaloir, le locataire fût obligé de prouver autre chose que l'absence de faute de lui et des siens, et qu'il fût tenu de la preuve directe de la cause de l'incendie. D'ailleurs les termes mêmes employés par Basnage dans le passage cité plus haut (n° 7) établissent que jamais on n'a demandé que cette preuve au locataire : « « ...Les docteurs sont partagés sur ce point... si le fermier « est responsable, *à faute de justifier que le malheur n'est point* « *arrivé par sa faute ni par celle de ses domestiques...* »

Il suffisait donc que le locataire prouvât qu'il n'avait commis aucune faute, ni lui, ni les personnes dont il répondait: Voici quels étaient les termes employés par Pothier, et si l'on met en regard le texte de l'article 1733, on voit que l'un est copié sur l'autre :

Digitized by Google

Pothier, *Du louage*. n° 194 :	Article 1733 :
« ...Lorsqu'une maison est incendiée, l'incendie est *facilement présumé arrivé par la faute du locataire*, ou par celle de ses domestiques, desquels nous venons de dire qu'il est responsable.	
« *C'est pourquoi il est en ce cas tenu de rétablir la maison incendiée, à moins qu'il justifie que l'incendie est arrivé par un cas fortuit, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine où il avait commencé.* »	» *Il répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou force majeure, ou par vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine.* »

Il n'est pas probable qu'en empruntant à Pothier les expressions mêmes qu'il employait, les rédacteurs du Code aient entendu en changer le sens, et leur donner une portée restrictive qu'elles n'avaient pas à l'époque où écrivait Pothier.

23. Ce rapprochement suffirait pour réfuter l'argument de Marcadé; mais les travaux préparatoires fournissent une réponse plus décisive encore. Lors de la discussion au Tribunat des articles 42 et 44 du projet (1732 et 1733), M. Defermon dit « que cet article (l'art. 44) et l'article 42 imposent « au preneur une obligation à laquelle il lui sera difficile de « satisfaire. *Comment* pourra-t-il prouver que l'événement « est arrivé sans sa faute?... M. Tronchet répond que les « preuves de cette nature *se tirent des circonstances*... L'ar- « ticle est adopté. » (Fenet, t. XIV, p. 249-250.)

Ainsi, bien loin de faire entre les articles 1732 et 1733 la différence que fait Marcadé, d'opposer les modes exceptionnels de preuve que l'article 1733 admettrait seuls, à la preuve de l'absence de faute autorisée par l'article 1732, les rédacteurs du Code placent sur la même ligne l'article 1732 et l'article 1733 : comment le locataire prouvera-t-il l'absence de faute dans ces deux cas? dit M. Defermon, et M. Tronchet répond que la preuve se tirera des circonstances. Il est impossible de dire plus clairement que les deux textes ont le même sens, et qu'ils n'exigent l'un et l'autre qu'une chose,

Digitized by Google

la preuve, d'après les circonstances, que le locataire n'a pas commis de faute.

24. D'ailleurs, même en interprétant littéralement le texte de l'article 1733, il n'est point opposé au système que nous défendons. Le locataire doit, d'après ce texte, prouver le *cas fortuit*, la force majeure, le vice de construction ou la communication du feu par une maison voisine; mais il y a deux manière de prouver le cas fortuit : on peut le prouver directement, *rectâ viâ*, en établissant quel a été ce cas fortuit, par exemple en prouvant que l'incendie a été allumé par le feu du ciel; mais on peut aussi le prouver *indirectement*, en établissant qu'aucune faute n'a été commise ni par le locataire ni par les gens dont il répond, et cette seconde manière de prouver le cas fortuit n'est pas moins convaincante que la première. C'est, par exemple, le locataire d'une maison de campagne qui établit que le feu a pris alors que depuis plusieurs mois ni lui ni les siens n'y étaient entrés : n'a-t-il pas prouvé d'une manière complète l'absence de faute de sa part et en même temps le cas fortuit?

25. Faisons remarquer enfin combien serait rigoureuse et injuste la solution que nous combattons : le locataire prouve péremptoirement qu'on ne peut lui imputer aucune faute par imprudence ou par négligence ; cela ne suffirait pas, il faudrait encore que, pour échapper à la responsabilité qui pèse sur lui, le locataire prouvât la cause précise de l'incendie. Pourquoi cette exigence? Nous comprenons que le législateur exige du locataire, comme de tout détenteur de la chose d'autrui, la preuve que la perte de la chose qu'il détient est arrivée sans sa faute. Mais une fois cette preuve faite, que peut-on lui demander au delà? Ni les règles des contrats, ni les principes de la responsabilité, si étendue qu'elle soit, ne pourraient justifier une telle exigence, et rien n'autorise à croire qu'elle ait été dans la pensée des rédacteurs du Code (*sic* Larombière, art. 1148, n° 14; Proudhon, *Usufruit*, IV, n° 1552; Nancy, 21 mai 1873, Dalloz, 74, V, 318; Caen, 15 juin 1872, Sirey, 73, II, 7; Cassation, 11 janvier 1870, Sirey, 70, I, 335; Chambéry, 10 avril 1867, Sirey, 67, II, 212; Metz, 21 décembre 1854, Sirey, 55, II, 121; Cassation, 14 novembre 1853, Sirey, 54, I, 676; Rouen, 16 janvier 1845, Sirey, 45, II, 473).

Digitized by Google

26. Une restriction toutefois doit être apportée à la solution que nous proposons : il ne suffit pas que le locataire prouve qu'il n'a pas occasionné l'incendie par sa faute, il faut encore qu'il établisse qu'aucune inobservation des règles du louage ne lui est imputable. Ainsi le locataire se défendra souvent en soutenant qu'il était absent au moment où l'incendie a pris naissance : ce mode de défense, qui devra réussir s'il s'agit d'une maison de campagne que, d'après le bail ou d'après les usages, le locataire ne doit habiter qu'une partie de l'année, sera insuffisant pour une maison que le locataire doit toujours habiter. Le propriétaire sera fondé à dire au locataire que son allégation constitue précisément l'aveu d'une faute qui a pu être la cause de l'incendie; que si lui ou quelqu'un pour lui avait habité la maison au moment de l'incendie, ce sinistre eût pu être évité ou du moins atténué, et que dès lors il est responsable en vertu de la règle écrite dans l'article 1733 (Duvergier, I, n° 437 *in fine*).

27. Le locataire est-il présumé responsable de l'incendie, lorsque le propriétaire *habite* une partie de la maison louée?

Non, d'après M. Duranton : le propriétaire est là pour surveiller sa chose, et cette faculté suffit pour effacer la présomption d'imprudence ou de négligence qui pèse sur le locataire (XVII, n° 109).

Cette solution doit être rejetée; elle nous paraît également inadmissible en fait et en droit : *en fait*, parce que le propriétaire, tout présent qu'il est dans une partie de la maison, n'a pas le droit d'entrer chez son locataire pour surveiller sa conduite; et *en droit*, parce que la présence du propriétaire ne fait pas disparaître l'obligation du locataire de restituer la chose ou de prouver qu'elle a péri sans sa faute.

Toutefois la présence du propriétaire apporte deux modifications dans la situation du locataire. En premier lieu, l'incendie a pu commencer aussi bien dans la portion habitée par le propriétaire que dans celle habitée par le locataire, et, s'il y a une présomption de faute, elle pèse aussi bien sur l'un que sur l'autre. Il faudra donc, pour que le propriétaire puisse invoquer contre le locataire l'article 1733, qu'il commence par établir que l'incendie n'est pas né chez lui.

D'un autre côté, l'article 1733 ne rend le locataire responsable que de la maison louée, et, s'il n'en loue qu'une por-

Digitized by Google

tion, que de la portion qu'il a louée : pour le surplus, pour la partie qui n'est pas louée, le contrat de louage ne l'oblige à rien, et il ne peut être responsable que de sa faute, dans les termes de l'article 1382. Et la différence sera très-grande : tandis que pour la portion louée il est présumé en faute, sauf à lui à faire la preuve contraire, pour la partie occupée par le propriétaire, celui-ci devra faire la preuve de la faute commise par le locataire, et, s'il ne le fait pas, il supportera seul les suites de l'incendie pour cette portion de maison (Aubry et Rau, IV, § 367, texte et note 27; Troplong, I, n° 380; Duvergier, I, n° 425; Marcadé, art. 1733-1734, n° 4; Paris, 2 décembre 1872, Dalloz, 74, V, 318; Grenoble, 20 mai 1872, Sirey, 73, II, 69; Cassation, 20 novembre 1855, Sirey, 56, I. 103; Toulouse, 7 juillet 1843, Sirey, 44, II, 175; Riom, 4 août 1829, Sirey, C. N., IX, II, 314).

28. Le locataire est, disons-nous, responsable de l'incendie : non-seulement le locataire d'une maison, mais encore le fermier ou le colon partiaire; en effet, l'article 1733 est placé dans la section I du chapitre II, *Des règles communes aux baux des maisons et des biens ruraux;* ajoutons que c'est précisément dans l'hypothèse d'un bail à ferme qu'avait été rendu, dans notre ancien droit, l'arrêt du 3 août 1777 que nous avons cité plus haut (n° 9).

Mais doit-on appliquer cette règle au louage d'un bâtiment qui n'est pas à usage de maison, par exemple d'un théâtre? Pour nous, l'affirmative n'est pas douteuse : la place occupée par l'article 1733 ne permet pas de restreindre à un genre de location plutôt qu'à un autre la règle qu'il édicte. D'ailleurs, les motifs sont les mêmes pour tout édifice, quel qu'il soit : en droit, obligation pour le locataire de le conserver et de le restituer, et, en fait, présomption que l'incendie a été occasionné par son imprudence et nécessité de le rendre responsable pour le contraindre à une vigilance plus grande.

On cite quelquefois en sens contraire un jugement du tribunal de la Seine du 28 mars 1835, confirmé par adoption de motifs par arrêt de la Cour de Paris du 18 avril 1836 (Sirey, 1837, II, 69), mais nous croyons que c'est à tort, et que ce jugement a rejeté l'action dirigée contre les locataires par des considérations de fait, et en se fondant sur ce que les direc-

Digitized by Google

teurs du théâtre avaient pris toutes les précautions qu'il était possible de prendre pour prévenir l'incendie.

Nous croyons même qu'il faut aller plus loin, et étendre au louage *de meubles* la règle de l'article 1733 : les motifs sont les mêmes dans les deux cas, et si l'article 1733 semble ne prévoir que l'incendie d'une maison, c'est parce que, au titre Du louage, les rédacteurs ont toujours eu en vue le bail d'immeubles, le plus important et le plus fréquent; ce qui n'empêche pas les règles générales du louage, et celle que nous examinons en est une, de s'appliquer aux meubles comme aux immeubles.

29. Non-seulement le locataire vis-à-vis du propriétaire, mais le *sous-locataire* vis-à-vis du *locataire principal* est responsable de l'incendie, et doit indemniser ce dernier du préjudice personnel que l'incendie lui cause, c'est-à-dire de la résiliation de la location principale consentie à son profit. En effet, comme le dit très-bien un arrêt de Rouen du 10 février 1843 (Sirey, 43, II, 234), le locataire principal ne représente pas seulement le propriétaire, il a des droits indépendants qu'il puise dans le contrat de sous-location : et ces droits sont régis par les textes du louage, car il est, lui, un locateur par rapport au sous-locataire, et il est armé de tous les droits écrits dans la loi au profit du loeateur, qu'il soit propriétaire ou non (Larombière, art. 1148, n° 12; Duvergier, I, n° 434; Troplong, I, n° 372).

Dans cette hypothèse d'une sous-location, le propriétaire a incontestablement le droit d'agir contre le sous-locataire pour obtenir de lui la réparation du préjudice causé à la maison par l'incendie : mais est-ce en vertu d'un droit propre, ou de la subrogation aux droits du locataire principal? L'intérêt pratique de la question est considérable, car si le propriétaire n'agit qu'en vertu des droits du locataire principal, il pourra être repoussé par les exceptions opposables à celui-ci, et notamment par la circonstace que le locataire principal habitait, au moment du sinistre, une partie de la maison louée.

Deux arrêts de la Cour de Paris du 12 février 1851 (Sirey, 51, II, 207) et 18 juin 1851 (Sirey, 52, II, 235) ont jugé que le propriétaire agissait en vertu d'un droit personnel, et que dès lors le sous-locataire ne pouvait se prévaloir de la coha-

Digitized by Google

bitation du locataire principal : le motif sur lequel se fondent ces arrêts, c'est que les articles 1733 et 1734 donnent une action au propriétaire contre tous ceux qui occupent la maison à titre de bail, sans distinguer entre les locataires et les sous-locataires.

Cette théorie doit, selon nous, être rejetée : le bail, comme tout autre contrat, n'engendre de droits qu'au profit de l'une des parties contractantes contre l'autre, et le propriétaire ne peut puiser de droit personnel dans la convention intervenue entre le locataire principal et le sous-locataire, convention à laquelle il est étranger. Seulement, en vertu de l'article 1166 et comme créancier du locataire principal, il peut exercer les droits de celui-ci contre le sous-locataire. D'ailleurs, la preuve que telle est bien la situation du propriétaire vis-à-vis du sous-locataire se trouve dans l'article 1753, qui permet au sous-locataire de lui opposer les quittances données sans fraude par le locataire principal (Larombière, art. 1148, n° 12; Troplong, I, n° 372; Besançon, 11 mai 1854, Sirey, II, 613).

II

30. Lorsque la maison est louée à *plusieurs* locataires, quelle est l'étendue de la responsabilité qui pèse sur chacun d'eux? L'article 1734 déclare que « tous sont solidairement « responsables, à moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a « commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas « celui-là seul en est tenu, ou que quelques-uns ne prouvent « que l'incendie n'a pu commencer chez eux, auquel cas « ceux-là n'en sont pas tenus. »

Deux moyens sont donc mis à la disposition des locataires pour se soustraire à la responsabilité commune : ou bien prouver d'une manière déterminée chez lequel l'incendie a commencé, ou tout au moins établir que l'incendie n'a pu commencer chez eux. De ces deux exceptions nous n'avons rien à dire : elles se justifient d'elles-même, et ne peuvent donner lieu qu'à des questions de fait, pour savoir si les locataires ont ou non fourni la preuve qui leur incombe.

Quant à la règle qui les déclare *solidairement* responsables, nous nous sommes expliqué sur ce qu'elle nous paraît avoir

Digitized by Google

de dur et de contraire aux principes du droit (nos 16-17) : il ne nous reste plus qu'à en déterminer la portée.

31. Au premier abord, rien de plus simple que cette formule, les locataires sont *solidairement* responsables : la loi prononce contre eux la solidarité ; d'un autre côté elle détermine dans les articles 1200-1216, les effets de la solidarité. Il n'y a qu'à appliquer ces effets aux locataires, et à compléter l'article 1734 par les articles 1200 à 1216.

Mais cette interprétation simple, et que nous croyons vraie, est loin d'être unanimement admise, et l'article 1734 est un de ceux à propos desquels naît la thèse célèbre de la *solidarité imparfaite :* nous pouvons même dire que cet article fournit l'un des arguments principaux des défenseurs de cette thèse.

Nous n'avons pas à entrer dans l'examen détaillé de cette controverse, qui appartient surtout à la matière de la solidarité. Nous voulons indiquer seulement son importance en matière de louage, et les motifs principaux qui nous portent à rejeter la distinction de la solidarité parfaite et de la solidarité imparfaite, nous référant au surplus à l'exposé si complet et à l'argumentation si décisive, selon nous, de notre cher et éminent maître, M. Demolombe (XXIV, nos 275 et suiv.).

Les partisans de la solidarité imparfaite reconnaissent que dans tous les cas celui des débiteurs qui est actionné doit payer pour les autres ; mais, comme il n'y a entre eux ni société ni mandat, tous les effets qui dérivent de l'une ou de l'autre de ces deux idées n'existeront pas dans la solidarité imparfaite. De là les conséquences suivantes, en matière de louage :

1° La prescription interrompue contre l'un ne le sera pas contre les autres.

2° La mise en demeure dirigée contre l'un ne produira pas effet contre les autres.

3° La poursuite ne fera courir les intérêts que contre le locataire poursuivi.

4° L'indemnité totale payée par l'un des locataires ne se divisera pas de plein droit entre les autres, chacun pour sa part et portion, et les tribunaux pourront répartir la dette d'une manière inégale, en tenant compte notamment de l'étendue des locations et des dangers d'incendie auxquels

Digitized by Google

la profession de chacun d'eux peut l'exposer. Toutefois MM. Aubry et Rau admettent que, une fois la condamnation solidaire prononcée, même au cas de solidarité imparfaite, cette condamnation produira au profit du créancier tous les avantages de la solidarité parfaite (IV, § 298 *ter*, note 8).

32. Nous n'avons pas besoin de faire remarquer l'importance pratique de cette distinction, surtout peut-être en ce qui touche cette dernière conséquence, la répartition de la dette entre les divers locataires.

Le motif principal sur lequel se fonde cette théorie, c'est que la solidarité entre débiteurs est fondée sur un lien de société ou de mandat qui les unit : parce qu'ils se connaissent, parce qu'ils se sont choisis, parce qu'ils ont entre eux des rapports journaliers d'affaires, la loi a pu les considérer comme se représentant l'un et l'autre et attacher à la solidarité tous les effets que nous venons d'indiquer. Mais lorsqu'il s'agit de personnes qui, comme les locataires d'une même maison, ne se sont pas choisies et souvent ne se seraient pas acceptées, la loi n'a pu attacher tous ces effets à la solidarité qu'elle créait contre eux, et, en les déclarant débiteurs solidaires, elle n'a voulu dire qu'une chose, c'est que chacun d'eux pourrait être tenu de payer pour les autres (Aubry et Rau, IV, § 298 *ter*, texte et note 6; Bravard Veyrières et Demangeat, *Droit commercial*, t. III, p. 218-220; Rodière, *De la solidarité*, nos 165-206).

33. Deux arguments principaux doivent, à notre avis, faire repousser ce système.

Le premier, c'est qu'il ne repose sur aucun article du Code, qu'aucun passage des travaux préparatoires ne vient lui donner appui, et qu'il paraît en complet désaccord avec l'économie des textes. Il est impossible d'admettre qu'après avoir organisé avec soin les effets de la solidarité passive aux titre *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, les rédacteurs du Code aient employé ensuite le mot *solidarité* avec un sens tout différent, notamment dans l'article 1734. Si le Code parle de solidarité, sans rien dire de plus ni de moins, ce ne peut être que de l'institution qu'il a organisée sous ce nom et avec les effets qu'il y a attachés.

Le second argument spécial au cas de louage nous paraît répondre à l'objection tirée de ce qu'il n'y a entre les loca-

Digitized by Google

taires ni société, ni mandat, ni rapports d'affaires leur permettant de répondre l'un de l'autre. Tout cela est vrai, et a été dit lors de la rédaction de l'article 1734 pour faire repousser la solidarité : « *Il n'est pas possible*, disait la Cour « de Toulouse, *d'établir une solidarité* entre des locataires « choisis sans la participation et souvent contre le gré les uns « des autres... » (Fenet, t. IV, p. 200.) Cela n'était pas possible juridiquement, et cela a été fait : le législateur a admis entre locataires la solidarité, c'est-à-dire qu'ils les a bon gré mal gré associés dans l'intérêt du propriétaire : lien arbitraire, que nous sommes les premiers à critiquer, mais dont il ne nous paraît pas possible de nier l'existence.

« C'est aux locataires, a dit le tribun Mouricault dans l'ex- « posé des motifs, à se surveiller mutuellement, surtout « désormais, au moyen de l'avertissement que la loi leur « donne ici... » (Fenet, t. XIV, p. 329).

Cette solidarité, qui ne devrait pas exister entre locataires, existe donc par la volonté toute-puissante du législateur ; et les locataires, qui doivent se surveiller pour prévenir l'incendie, doivent encore se surveiller après le sinistre, car chacun d'eux est constitué le représentant des autres. Aussi croyons-nous qu'il faut leur appliquer tous les effets de la solidarité, tels qu'ils sont organisés dans les articles 1200 à 1216, et que notamment l'indemnité se divisera entre eux *pro portione virili* (Duvergier, I, n° 422 ; Troplong, I, n° 379; Marcadé, art. 1733-1734, n° IV ; Colmar, 2 février 1870, Sirey, 71, II, 178).

Faisons d'ailleurs remarquer, en ce qui concerne cette dernière conséquence, combien l'application du système contraire présenterait de dangers et d'arbitraire : non-seulement la cause de l'incendie reste ignorée, mais on ne sait même pas chez lequel des locataires le feu a commencé, sans quo celui-là seul serait responsable : et l'on accorderait aux tribunaux, dans cette ignorance des faits, le droit de fixer d'une manière différente la part contributive de chacun, en tenant compte de l'importance des locations, de la profession des locataires et probablement aussi de la prudence ou de l'imprudence ordinaires de chacun d'eux ! La Cour de Colmar, dans l'arrêt précité, a dit avec beaucoup de raison « qu'une telle appréciation, essentiellement hypothétique et

Digitized by Google

« conjecturale, aurait pour résultat de créer des distinctions « purement arbitraires dans la répartition d'une responsa- « bilité qui, découlant pour tous les locataires du même « principe, doit s'imposer à chacun d'eux dans une égale « proportion. »

34. Si le propriétaire habite dans une partie de la maison occupée par plusieurs locataires, pourra-t-il invoquer contre eux la solidarité de l'article 1734? Il devra d'abord, comme nous l'avons dit dans l'hypothèse où il n'y a qu'un locataire, prouver que le feu n'a pas commencé dans la partie qu'il habite; mais cette preuve une fois faite, la solidarité existera-t-elle entre les locataires?

Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement : du moment où les locataires sont responsables, et nous croyons avoir démontré (n° 27) que la présence du propriétaire ne faisait pas disparaître leur responsabilité, ils sont *solidairement* responsables. C'est la manière d'être de leur responsabilité, et partout où l'article 1733 s'applique à un locataire unique, l'article 1734 doit être appiqué à plusieurs locataires (Aubry et Rau, IV, § 367, texte et note 26; Troplong, I, n° 380; Duvergier, I, n° 425; Marcadé, art. 1733-1734, n° V).

III

35. Les articles 1733-1734 peuvent-ils être étendus à d'autres matières que celle du louage? Les développements dans lesquels nous sommes entré sur le caractère des règles édictées par nos deux textes vont rendre facile la réponse à cette question.

Il faut d'abord faire une distinction entre l'article 1733 et l'article 1734, car la solution doit, à notre avis, différer suivant qu'on s'occupe de l'un ou de l'autre de ces deux articles.

S'agit-il de l'article 1733, la question se pose ainsi : Toute personne chez laquelle l'incendie est né est-elle responsable des conséquences de cet incendie, sauf à elle à prouver qu'elle n'a commis aucune faute, comme le locataire vis-à-vis du propriétaire? En d'autres termes, l'article 1733 est-il l'expression du droit commun ou une règle exceptionnelle?

Une seconde distinction doit être faite : la personne chez

Digitized by Google

laquelle l'incendie est né est-elle chargée de conserver et de rendre l'édifice incendié, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'un contrat, ou d'un quasi-contrat, comme l'usufruitier, le commodataire, le possesseur de fait de l'immeuble d'autrui, l'article 1733 est applicable par analogie. — S'agit-il, au contraire, d'une personne qui n'est obligée en rien à la garde de l'immeuble, comme un propriétaire voisin, l'article 1733 devra être écarté.

36. Nous avons dit, en effet, et nous avons essayé de prouver (n° 15) que l'article 1733 n'est que l'expression du droit commun des contrats, l'application de la règle générale de l'article 1302 sur la perte de la chose due : s'il en est ainsi, l'usufruitier, le vendeur, le commodataire, le dépositaire, le mandataire, le possesseur de fait de la chose d'autrui sont, au même titre que le locataire, obligés de prouver qu'ils n'ont commis aucune faute pouvant occasionner l'incendie. Ils sont comme lui tenus de représenter l'immeuble dont la garde leur a été confiée, ou de justifier qu'ils sont étrangers à la cause de sa perte.

Au contraire, s'il n'y avait, entre le propriétaire dont la maison ou les meubles ont été incendiés, et celui chez lequel le feu a pris naissance aucun lien préexistant, aucune obligation de conserver, le propriétaire ne peut invoquer l'article 1733, et ce sera à lui de faire la preuve de la faute commise. Il ne peut, lui, invoquer qu'un seul principe, celui de l'article 1382, et comme c'est à celui qui allègue qu'un lien de droit s'est formé à en rapporter la preuve, il devra prouver la faute qui seule peut obliger le tiers à la réparation du préjudice causé.

Par application de ces principes, le propriétaire ou le locataire chez lesquels le feu a pris naissance et s'est ensuite communiqué à la maison voisine ne sont point présumés en faute vis-à-vis du propriétaire de cette maison. De même, si le bailleur habite une partie de la maison et qu'il soit établi que c'est dans cette partie que le feu a pris, il n'est point, *à priori*, responsable vis-à-vis de ses locataires de la perte de leur mobilier.

Bien plus, le locataire déclaré responsable en vertu de l'article 1733 de l'incendie de la portion de maison qu'il occupe n'est point, par cela seul, responsable de la portion de

Digitized by Google

maison occupée par le bailleur, et celui-ci devra, pour mettre cette dernière perte à la charge du locataire, démontrer qu'il a commis une faute ayant occasionné l'incendie. En effet, la charge de conserver et de rendre imposée au locataire par les principes du bail se limite à la partie de maison qui lui est louée, et pour l'autre partie il ne répond que de sa faute *prouvée*, comme il le ferait pour une maison voisine.

De même encore, pour les locataires entre eux, l'article 1734 dit bien que celui chez lequel l'incendie a commencé est seul responsable vis-à-vis du propriétaire; mais pour le préjudice occasionné à ses colocataires, la résiliation inopportune du bail, la perte de leur mobilier, il n'en répond pas de plein droit, et ne devra être condamné vis-à-vis d'eux que s'ils démontrent sa faute.

37. La règle de l'article 1734, qui prononce la solidarité, a un tout autre caractère : contraire aux principes, dérogeant au droit commun, qui est la division de la dette entre les débiteurs, elle doit être restreinte strictement à l'hypothèse qu'elle prévoit. Si, par exemple, un usufruit a été constitué au profit de plusieurs personnes sur la même maison, chacun pour une portion, et qu'un incendie vienne à la détruire, chacun des usufruitiers ne sera responsable vis-à-vis du nu-propriétaire que pour la valeur de la partie sur laquelle était constituée son droit d'usufruit.

IV

38. Quelle est l'étendue des dommages-intérêts que peut réclamer le propriétaire dont la maison est incendiée ? Le locataire « répond de l'incendie », dit l'article 1733 : il doit donc donner au propriétaire une indemnité suffisante pour réparer tout le préjudice qui lui est causé par l'incendie de sa maison.

Ce préjudice comprend plusieurs éléments : d'abord, la maison étant détruite, il faut au propriétaire une somme suffisante pour la reconstruire. Puis, pendant la durée de la reconstruction, la maison ne pourra être ni louée, ni habitée par le propriétaire : le locataire doit encore lui donner une indemnité équivalente à la perte que lui fait éprouver cette impossibilité de location et d'habition.

Digitized by Google

Cette responsabilité du locataire est beaucoup plus étendue que celle des compagnies d'assurances: le contrat intervenu entre elles et les propriétaires les oblige seulement à payer *la valeur* de la chose incendiée au moment du sinistre, et cette indemnité est insuffisante pour faire reconstruire l'édifice incendié. De plus, elle ne comprend pas la perte de loyers que fait éprouver au propriétaire le temps de la reconstruction.

La cause de cette différence est facile à donner: le locataire, auteur présumé de cet incendie, doit rendre le propriétaire indemne, il doit réparer toutes les conséquences de la faute que le législateur déclare être la sienne. La compagnie d'assurances, au contraire, n'est liée que par un contrat, et dans ce contrat elle n'a promis qu'une chose en échange des primes qu'elle reçoit, payer au propriétaire la valeur qu'aura l'édifice assuré au moment du sinistre.

39. Toutefois, si le locataire doit la somme nécessaire pour reconstruire la maison, nous croyons qu'il ne la doit que déduction faite de la différence *du vieux au neuf*, pour employer le langage de la pratique. En d'autres termes, le propriétaire devra payer *de suo* la différence de valeur entre sa nouvelle maison, qui est neuve, et l'ancienne qui était plus ou moins vieille.

Cette opinion est combattue par MM. Troplong (I, n° 390) et Duvergier (I, n° 419), qui invoquent principalement l'autorité de notre ancienne jurisprudence, d'après laquelle le locataire était tenu de *faire reconstruire*, à ses frais exclusifs, la maison incendiée.

Nous ne pouvous admettre une telle solution sous l'empire du Code. La seule obligation que l'article 1733 impose au locataire, c'est de « répondre de l'incendie », c'est-à-dire de refaire ce que l'incendie a fait disparaître, une vieille maison à la place d'une vieille. Admettre la théorie que nous combattons, ce serait enrichir le propriétaire aux dépens du locataire, puisqu'au lieu d'une maison déjà vieille il aurait, sans bourse délier, une maison complétement neuve. Or, si l'incendie de la maison louée ne doit pas être pour le propriétaire une cause de perte, elle ne doit pas être non plus une source de gain; d'autant moins que si la responsabilité du locataire est conforme aux principes du droit, il ne faut pas

Digitized by Google

oublier qu'elle ne repose que sur une présomption, et qu'elle peut atteindre un locataire complétement étranger à la cause réelle de l'incendie (Cassation, 9 novembre 1869, Dalloz, 74, V, 319; Paris, 3 janvier 1850, Sirey, 51, II, 132; Nancy, 9 août 1849, Sirey, 51, II, 129; Aubry et Rau, IV, § 367, texte et note 29; Marcadé, art. 1733-1734, n° IV).

L. GUILLOUARD.

DE LA RESPONSABILITÉ DES FONCTIONNAIRES PUBLICS

SOUS L'EMPIRE DU DÉCRET DU 19 SEPTEMBRE 1870.

Par M. Paul BERNARD, conseiller à la Cour de Dijon.

(*Suite*[1].)

V

57. A quelles lois générales ou spéciales ayant pour objet, comme l'article 75, d'entraver les poursuites contre les fonctionnaires publics, s'applique l'abrogation prononcée par le décret?

Suivant l'opinion développée, dès 1870, par M. Molinier et consacrée depuis cette époque par la jurisprudence, le décret aurait tout simplement abrogé les lois et arrêtés qui ont eu pour but de décharger le Conseil d'État de l'examen des demandes en autorisation de poursuites contre certaines catégories de fonctionnaires, pour transférer ce droit aux chefs d'administrations publiques, tels que les directeurs généraux ou les préfets. Quant aux dispositions de nos lois civiles ayant pour objet, non d'entraver les poursuites contre les magistrats et quelques fonctionnaires d'un ordre élevé, mais d'organiser des modes de poursuites exceptionnels, pour qu'ils ne soient point livrés sans défense à des actions téméraires, on est d'accord qu'elles ont été respectées par le décret. Toutefois, ce principe n'a pas triomphé sans contestation.

58. Nous réservons la question de la responsabilité pénale ou civile des ministres. Elle est trop grave pour être confondue avec les divers sujets de cette étude.

[1] V. *Revue critique*, août, p. 515, et septembre-octobre, 1876, p. 590; janvier, p. 12, et juillet, 1877, p. 441.

Digitized by Google

§ 1er.

59. Examinons d'abord si le décret a maintenu, dans l'intérêt des magistrats, le privilége de n'être actionnés par les citoyens qui se prétendent lésés par eux en leur qualité, que suivant les règles tracées pour la *prise à partie* par le Code de procédure civile.

D'après l'article 510 de ce Code, aucun juge ne peut être pris à partie sans permission préalable du tribunal devant lequel la prise à partie doit être portée. Cette autorisation correspond donc, dans l'ordre judiciaire, à ce qu'était la garantie constitutionnelle dans l'ordre administratif.

Néanmoins, M. Molinier a pensé que le gouvernement de la Défense nationale n'a eu d'autre intention que d'abroger les priviléges qui dérivaient de la nécessité de maintenir la division des pouvoirs, c'est-à-dire du désir de prémunir l'administration contre les empiétements de l'autorité judiciaire. Suivant cet honorable jurisconsulte, la prise à partie n'ayant nullement trait aux attributions des divers pouvoirs et de leurs relations, elle n'a pas été atteinte par le décret[1]. Cette explication ne nous paraîtrait pas suffisante. Les termes du décret sont généraux; ils embrassent toutes les dispositions légales ayant pour objet d'entraver les poursuites contre les fonctionnaires publics *de tout ordre*. N'est-ce pas parler de l'ordre judiciaire aussi bien que de l'ordre administratif, puisque tous les fonctionnaires qui étaient protégés par la garantie constitutionnelle appartenaient à la hiérarchie administrative?

Si de l'interprétation littérale on passe à l'interprétation intentionnelle du législateur, il faut bien avouer que celui-ci n'avait aucun motif sérieux pour établir une distinction qu'il eût été, d'ailleurs, si facile d'exprimer. En effet, que l'on se reporte aux plaintes formulées contre l'article 75, et l'on se convaincra qu'elles n'étaient pas limitées aux agents du gouvernement proprement dits; on reconnaîtra, notamment, que les réclamations portées à la tribune du Corps législatif par M. Jules Favre, au sujet d'arrestations qu'il considérait

[1] *Loc. cit.*, p. 395. — Dans le même sens, Sorel sur Mangin, t. II, p. 3; Ducrocq, *Droit administratif*, t. I, n° 594.

Digitized by Google

comme arbitraires, s'appliquaient aussi bien aux agissements des membres de l'ordre judiciaire qu'à ceux des agents du gouvernement.

60. Loin de nous la pensée de contester la nécessité des garanties établies par la procédure de la prise à partie. Il suffit, pour les justifier, de rappeler les paroles du législateur de 1806 : « S'il faut que les parties aient l'assurance d'obtenir justice, même contre leurs propres juges, l'intérêt public exige que les ministres de la justice ne soient pas dépouillés de toute dignité, comme ils le seraient si les plaideurs, au gré de leur ressentiment et de leurs diverses passions, avaient le droit de les obliger de descendre de leur tribunal pour justifier de leur conduite. » Nous ne discutons pas l'opportunité de la réforme, mais la question de savoir si le législateur l'a accomplie.

61. La Cour de Besançon a décidé, par un arrêt du 23 juin 1873, que « le décret du 19 septembre 1870 a eu spécialement en vue les poursuites dirigées contre les agents ou employés des administrations publiques, financières ou autres, qui, d'après la Constitution de l'an VIII ou d'autres lois antérieures, générales ou spéciales, ne pourraient être traduits en justice qu'avec l'autorisation spéciale du Conseil d'État ou de leurs chefs hiérarchiques; que telles sont les entraves que le décret a voulu détruire, mais qu'il ne renferme aucune abrogation, ni directe ni indirecte, des principes du droit commun dans des matières qui, comme la prise à partie, sont réglées par la loi civile [1] ».

Devant la Cour de cassation, M. le premier avocat général Bédarrides est allé plus loin. L'éminent magistrat a soutenu que « *les règles du Code de procédure civile n'apportent aucune entrave aux poursuites dirigées contre les magistrats* ». La Cour de cassation a enregistré cette affirmation, tout en s'appropriant l'appréciation de la Cour de Besançon, sur l'intention présumée du législateur. Attendu que, si le décret du gouvernement de la Défense nationale, en date du 19 septembre 1870, a abrogé, par son article 1er, l'article 75 de la Constitution du 22 frimaire an VIII et toutes autres dispositions de lois générales et spéciales, ayant pour objet d'entraver les

[1] D. P., 74, 2, 145.

Digitized by Google

poursuites contre les fonctionnaires de tout ordre[1], il est impossible d'admettre, malgré la généralité de ses termes, en l'absence d'une abrogation formelle et particulière, qu'il ait supprimé de nos Codes toute une procédure prudemment instituée comme une des garanties essentielles de la justice; — Que cette procédure, d'ailleurs, n'a pas pour objet d'entraver les poursuites civiles contre les magistrats, mais d'en mieux assurer le jugement au moyen de formes spéciales et de l'institution d'une juridiction d'un ordre plus élevé, qui protégent à la fois la dignité du fonctionnaire et l'intérêt des justiciables eux-mêmes[1] ».

62. Vainement, pour soustraire l'article 510 à l'abrogation, essaye-t-on de représenter cette disposition comme une garantie accordée soit au magistrat attaqué, soit au citoyen qui l'attaque. Pour le premier, c'est incontestable; mais, pour la partie demanderesse, c'est une singulière protection, celle qui consiste à le condamner à 300 francs d'amende si la requête est rejetée, et à 300 francs d'amende si, après que celle-ci a été admise, elle est déboutée de son action.

Pourquoi équivoquer sur les mots? Déclarons, si l'on veut, qu'appliquée à la prise à partie l'abrogation de l'autorisation préalable serait une mesure regrettable et sollicitons une loi moins énigmatique. Soutenir que l'autorisation préalable était une barrière posée entre l'agent administratif et le citoyen lésé pour entraver les poursuites, et qu'elle est une protection quand elle s'élève entre ce dernier et un magistrat ou un garde champêtre, c'est dépasser les limites du droit d'interprétation et légiférer. En réalité, les Cours d'appel et la Cour de cassation ont un pouvoir souverain pour soustraire le fonctionnaire de l'ordre judiciaire, soit à l'action criminelle, soit à l'action civile. Leur pouvoir est donc une entrave.

M. Glasson a exprimé la même opinion dans un article spécial sur la question. « D'après le droit commun, dit-il, la faculté d'agir en justice n'est jamais subordonnée à une autorisation préalable de la juridiction à laquelle on s'adresse; il est donc permis, depuis le décret du 19 septembre 1870, d'assigner directement devant la Cour d'appel ou devant la

[1] Ch. civ. 14 juin 1876, D., 76, 1 303.

Digitized by Google

Cour de cassation le magistrat ou le tribunal que l'on veut prendre à partie. » Suivant le même jurisconsulte, l'article 505 a été également abrogé, puisqu'il *supprime le droit* qu'auraient les particuliers d'agir en dommages-intérêts contre un juge, toutes les fois que, par sa faute ou par sa négligence, il leur aurait causé un préjudice [1].

63. Comment n'est-on pas frappé, en outre, de la disparité de situation faite au particulier, suivant qu'il est lésé par un acte administratif ou par un acte judiciaire? Dans le premier cas, toutes les avenues de la justice, sauf les péripéties qui l'y attendent, lui sont ouvertes. Dans le second, non-seulement il a devant lui une haute barrière, difficile à franchir, mais encore, s'il ne démontre que la *faute* et l'imprudence du juge et non sa *mauvaise foi*, il est fatalement condamné à la peine de 300 francs d'amende. On explique cette disparité par la nécessité d'entraver les poursuites contre les fonctionnaires de l'ordre judiciaire, parce que la nature de leurs attributions les appelant à statuer sur les intérêts privés, chacune de leurs décisions pourrait soulever contre eux des récriminations et des haines, tandis que les administrateurs, n'ayant que la garde des intérêts généraux, ne sont que fort rarement exposés aux vengeances personnelles.

Peut-être serait-il plus équitable d'adoucir l'absolutisme de l'article 513 et de réserver ses rigueurs à ceux-là seulement qui s'engageraient de mauvaise foi dans la voie de la prise à partie. Supposons qu'un juge, dans les motifs de son ordonnance, ou un tribunal, dans ceux de son jugement, aient inséré des considérants flétrissants pour un tiers étranger au litige. Celui-ci n'a d'autre moyen, pour faire effacer des énonciations injurieuses ou diffamatoires, que de recourir à la prise à partie, puisque la tierce opposition lui est interdite. Rejeter sa requête par le motif que le juge a été imprudent, mais non malicieux, c'est déjà lui imposer un sacrifice considérable dans l'intérêt de la liberté qu'il faut assurer à la magistrature. Mais le frapper, en outre, d'une peine parce qu'il a demandé réparation de l'atteinte portée

[1] *Reue critique*, t. III, 1873-1874, p. 380-384. -- Voir aussi Colmet-Daâge, *Leçons de procédure*, 12e édition; M. Labbé, Sirey, 1876, 1, 195, note.

Digitized by Google

à son honneur, n'est-ce pas sacrifier gratuitement l'intérêt privé a l'intérêt social?

64. Nous avons vu par quels motifs la jurisprudence avait déclaré le décret de 1870 inapplicable à la prise à partie. Il faut ajouter, pour être d'une parfaite exactitude, que cette interprétation est également celle de la commission chargée par l'Assemblée nationale de reviser les décrets du gouvernement du 4 septembre. Le rapport de la commission s'exprime, en effet, ainsi : « L'article 1er du décret est complet; il abroge non-seulement l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, mais encore toutes les lois ou arrêtés qui, fondés sur le même principe, subordonnaient l'action en justice à une autorisation émanée de hauts fonctionnaires administratifs, remplaçant le Conseil d'État, dans un but évident de simplification et de rapidité..... L'abrogation de l'article 75 et des arrêtés qui n'en étaient, en quelque sorte, que les dérivés, n'enlève une protection abusive qu'aux fonctionnaires de l'ordre administratif.....

.....*Pour les magistrats soumis aux règles de procédure civile sur la prise à partie et à celles du Code d'instruction criminelle, pour les délits commis par eux, la situation reste la même.*

65. Ce rapport est calqué sur l'étude de M. Molinier. Il paraît avoir eu une influence déterminante sur certains esprits. La Cour de Besançon s'en est évidemment inspirée. M. Dalloz va jusqu'à dire « que les paroles du rappoorteur lèvent tous les doutes, qu'elles déterminent nettement la portée définitive du décret et précisent dans quelles limites l'Assemblée a entendu qu'il fît loi ». C'est aller un peu rondement en matière législative. La commission n'a eu d'autre mandat que celui « *de signaler* à l'Assemblée et au gouvernement ceux des décrets législatifs du gouvernement de la Défense nationale, ayant un caractère définitif, qu'il serait urgent de rapporter ou modifier [1] ». La commission a consciencieusement donné ses appréciations sur la portée du décret du 19 septembre 1870 et proposé les modifications qu'elle jugerait opportun d'y apporter. Mais elle n'a fait, après tout, que formuler l'opinion de ses membres. Son œuvre a un caractère purement préparatoire, et il est impossible de conjecturer quelles eus-

[1] Séance du 23 juin 1871.

Digitized by Google

sent été les résolutions de l'Assemblée si elle avait été appelée à délibérer sur le décret.

66. La Cour de cassation ne s'est pas bornée à déclarer que la procédure de la prise à partie avait été respectée par le décret, elle a encore singulièrement aggravé les entraves qui résultent de cette procédure par l'interprétation qu'elle vient de faire de quelques-unes des dispositions qui l'ont organisée. D'une part, elle a créé de nouvelles catégories de fonctionnaires de l'ordre judiciaire auxquelles elle serait applicable. D'autre part, par suite d'un revirement subit de jurisprudence, elle a déclaré que toute action civile résultant d'un délit commis par les fonctionnaires de l'ordre judiciaire relatif à leurs fonctions ne pourrait être intentée que dans les formes de la prise à partie.

67. Jusqu'ici on n'avait fait bénéficier du privilége de la prise à partie que les juges et les officiers du ministère public. Le 23 juin 1873, la Cour de Besançon l'a étendu aux officiers de police judiciaire, auxiliaires du ministère public, par exemple aux adjoints de maire et aux gardes champêtres[1]. La chambre civile de la Cour de cassation a consacré ce système dans un arrêt du 14 juin 1875 sur les conclusions conformes de M. le premier avocat général Bédarrides[2]. Cette solution soulève les objections les plus sérieuses. Il suffit d'indiquer que devant la chambre des requêtes, le 1er avril 1874 et le 8 février 1876, M. l'avocat général Reverchon a conclu dans un sens diamétralement opposé[3], et que M. le conseiller Almeiras Latour disait, dans son rapport relatif à une question analogue : « L'article 505 dit que les *juges* peuvent être pris à partie dans les cas qu'il détermine. L'article 509 dit ensuite que la prise à partie contre les juges de paix, contre les tribunaux de commerce ou les tribunaux de première instance, ou contre quelques-uns de leurs membres, sera portée à la Cour d'appel du ressort. C'est pour cela qu'on l'a étendue aux magistrats du ministère public qui, en réalité, sont membres des Cours et des tribunaux près desquels ils exercent leurs fonctions. Mais comprendre dans la catégorie *des juges* dont parle le Code de procédure tout officier, auxi-

[1] D. P., 74, 2, 145.
[2] D. P., 76, 1, 301.
[3] D. P., 76, 1, 296.

Digitized by Google

liaire ou agent participant à l'exercice de l'action publique, *c'est forcer le sens de la loi et en dénaturer l'esprit.* » Je n'analyse pas les éléments de cette controverse qui m'éloignerait de mon sujet. L'important est de signaler la tendance et les conséquences qui vont en découler.

68. La seconde interprétation de la Cour de cassation tient aux entrailles mêmes de cette étude. Depuis l'arrêt du 16 décembre 1867, on a considéré comme un principe certain que l'action civile résultant des délits commis par les fonctionnaires de l'ordre judiciaire peut être portée directement devant le tribunal civil, sans l'autorisation préalable du procureur général. La Cour de cassation a proclamé que « tout délit donne ouverture à deux actions distinctes : l'une publique, pour l'application de la peine et qui n'appartient qu'aux fonctionnaires auxquels l'exercice en est confié par la loi; l'autre civile, en réparation du dommage causé par le délit et qui peut être exercée par ceux qui en ont souffert; — Que la première ne peut être portée que devant un tribunal de répression; que la seconde peut l'être devant un tribunal civil; que s'il n'appartient qu'au procureur général de traduire devant la Cour impériale le magistrat qui a commis un délit hors de ses fonctions, c'est pour le mettre à l'abri des poursuites téméraires qui pourraient, même en cas d'acquittement, nuire à sa considération; que c'est pour cela que l'article 479 du Code d'instruction criminelle déroge à l'article 182 du même Code qui, dans les cas ordinaires, accorde à la partie civile le droit de citation directe devant les tribunaux correctionnels; mais *qu'il lui laisse l'action en dommages-intérêts qui, portée devant les tribunaux civils, n'a ni le même objet, ni les mêmes conséquences; — Que pour le priver de ce droit qu'elle tient des articles 1 et 3 du Code d'instruction criminelle, il faudrait une disposition formelle qui ne se trouve dans aucun texte de loi*[1]. »

A cette époque, on était d'accord sur ce point, qu'il n'y avait pas à distinguer entre les délits commis par les officiers de police judiciaire hors des fonctions et ceux commis dans l'exercice des fonctions, car les articles 479 et 483 du Code d'instruction criminelle qui prévoient les deux hypothèses sont conçus dans des termes identiques.

[1] D. P., 68, 1, 5.

Digitized by Google

La distinction fut proposée une première fois devant la chambre civile le 15 décembre 1874. M. le premier avocat général Reverchon la repoussa. L'arrêt du 17 décembre 1867, dit-il, a été rendu dans une espèce où le magistrat défendeur était assigné à fins civiles pour un délit qu'il aurait commis *hors de ses fonctions*, tandis que l'officier de police judiciaire dont il s'agit aujourd'hui a été assigné à fins civiles pour un délit qu'il aurait commis *dans l'exercice de ses fonctions*. Mais il n'y a aucun de ces motifs qui ne s'applique à ce second cas exactement comme au premier; le texte en l'absence duquel la Cour a reconnu l'impossibilité d'étendre l'article 479 à l'action civile ne manque pas moins pour y étendre l'article 483. M. l'avocat général fait ensuite remarquer que si, dans la seconde hypothèse il peut y avoir plus d'inconvénients que dans la première à laisser à l'action civile toute sa liberté, cette considération s'adresse plutôt au législateur qu'au juge. Il voit d'ailleurs un palliatif à ces inconvénients dans l'institution de la prise à partie qui en fait est applicable à la plupart des délits commis par les magistrats [1].

La Cour de cassation consacra cette théorie très-explicitement : « Attendu qu'en admettant même que le fait imputé au demandeur constituerait un délit, la compétence exceptionnelle et la forme de procédure établie par les articles 479 et 483 du Code d'instruction criminelle, à raison des délits commis par des fonctionnaires publics *dans l'exercice de leurs fonctions ou hors de leurs fonctions*, ne s'appliquent qu'à l'action publique, et que les dispositions de ces articles ne font point obstacle à ce que la partie lésée par le délit puisse intenter *son action civile devant les tribunaux ordinaires* [2].

Mais dès que la Cour suprême admit que la prise à partie était applicable à tous les fonctionnaires de l'ordre judiciaire, elle admit par voie de conséquence que toute action civile pour un acte commis dans l'exercice des fonctions était assujettie aux formes de la prise à partie, parce qu'on ne peut agir autrement contre les magistrats. D'un trait de plume, la Cour a ainsi rayé son arrêt du 15 décembre 1874 et substitué à la liberté de l'action civile les entraves de la prise à partie.

[1] D. P., 76, 1, 299.
[2] Ch. civ., 15 décembre 1874, D. P., 76, 1, 299.

Digitized by Google

« Attendu que les règles sur la prise à partie ne sont pas applicables seulement aux magistrats désignés spécialement dans l'article 509 du Code de procédure civile; qu'elles s'étendent à tous les juges, ainsi qu'il est énoncé dans l'article 507 qui précède, et que cette dénomination ne comprend pas seulement les juges proprement dits, mais aussi par une évidente parité de motifs, et notamment par même besoin de protection contre des réclamations téméraires ou vexatoires, tous ceux qui, par les fonctions dont ils sont investis, appartiennent à l'ordre judiciaire, soit qu'ils concourent à l'action de la justice comme chargés du ministère public ou de l'instruction, soit qu'ils agissent comme officiers de la police juciaire ou auxiliaires du ministère public; — Que, de même qu'au point de vue de la poursuite criminelle et de l'instruction, les officiers de police judiciaire sont assimilés aux juges par l'article 483 du Code d'instruction criminelle pour les faits relatifs à leurs fonctions, de même cette assimilation doit s'étendre à la procédure civile qui règle les actions civiles dirigées contre eux, en la même qualité et à raison des mêmes faits; — Qu'aussi, par une application du principe général édicté par l'article 505 du Code de procédure civile, l'article 358, § 4, du Code d'instruction criminelle les a compris au nombre des autorités contre lesquelles, le cas échéant, la prise à partie est admise[1]. »

Si l'on veut pénétrer au fond de ce système, on est forcé de reconnaître qu'il substitue la simplicité et l'harmonie à la confusion. Il étend le privilége de la garantie judiciaire, de l'autorisation préalable à tous les fonctionnaires qui concourent à l'œuvre de la justice. Mais ce système est en contradiction avec toute l'histoire de notre législation; il ne repose que sur des considérations de sentiment ou d'utilité sociale, et il est, je le crains, la violation manifeste des texte de toutes nos lois. La Cour suprême n'a pu indiquer que l'article 358, § 4, du Code d'instruction criminelle; or il est certain que lorsque cet article réserve contre les *membres des autorités constituées* la prise à partie, *s'il y a lieu*, il ne la réserve qu'à l'égard de ceux qui peuvent ou doivent être ainsi poursuivis, mais il ne crée pas, sous le titre d'*autorités constituées*, des ca-

[1] Ch. civ., 14 juin 1876, D. P., 76, 1, 302, conclusions conformes de M. l'avocat général Bédarrides.

Digitized by Google

tégories indéterminées de *fonctionnaires* auxquels s'applique cette procédure[1].

Cette extension de la garantie judiciaire est de nature à accroître les scrupules que nous avons émis quant à l'abrogation des articles 505 et 510 du Code de procédure civile, et devient un motif de plus pour que nous sollicitions une interprétation législative.

§ 2.

69. Les priviléges assurés aux magistrats et aux officiers de police judiciaire par les articles 479 et suivants du Code d'instruction criminelle sont maintenus par la Cour de cassation, sans distinction. D'après ces dispositions : 1° les magistrats ne peuvent être traduits devant les tribunaux de répression en matière correctionnelle que par le procureur général; 2° ils ne peuvent être jugés pour des délits que par la première chambre civile de la Cour d'appel; 3° l'instruction poursuivie contre eux pour un crime doit être faite par le procureur général et le premier président; 4° les membres des Cours d'appel ne peuvent être déférés à une juridiction répressive qu'après autorisation de la Cour de cassation.

La loi organique du 20 avril 1810 rend les dispositions de l'article 479 applicables aux grands officiers de la Légion d'honneur, aux généraux commandant une division ou un département, aux archevêques, aux évêques, aux présidents de consistoire, aux membres de la Cour de cassation, aux préfets.

En résumé, deux de ces priviléges ont pour but d'entraver les poursuites contre les magistrats ; les deux autres assurent l'indépendance de la justice en enlevant l'inculpé aux juridictions d'instruction ou de jugement dont ils font partie,

70. Si l'on interprète le décret de 1870 comme l'a fait la commission de l'Assemblée nationale, toutes les dispositions du Code d'instruction criminelle ont été maintenues. Si l'on s'en tient aux règles ordinaires de l'interprétation, il faut distinguer entre les priviléges de compétence, lesquels sont établis dans l'intérêt des parties lésées aussi bien

[1] V. les conclusions de M. l'avocat général Reverchon dans l'affaire Labadie, D. P., 76, 1, 296.

Digitized by Google

que dans celui des inculpés, et ceux qui ont pour objet évident d'entraîner des poursuites contre les membres de l'ordre judiciaire. Les premiers sont maintenus, les autres sont abrogés.

Ici nous sommes surpris de trouver l'honorable M. Glasson parmi nos adversaires. Après avoir trouvé « hardie » la thèse de la Cour de cassation, suivant laquelle le décret de 1870 a abrogé seulement les lois qui mettaient des entraves aux actions dirigées contre les fonctionnaires *de l'ordre administratif*, après avoir en outre déclaré spécialement abrogée la procédure préparatoire de la prise à partie, ce jurisconsulte se refuse à voir une entrave aux poursuites des magistrats dans le droit conféré au procureur général seul de les citer devant la Cour. « La loi, dit-il, enlève à la partie lésée le droit de saisir elle-même la juridiction répressive, mais ce n'est pas un droit pour les particuliers de poursuivre la répression des infractions à la loi pénale, la société seule dispose de l'action criminelle et en délègue l'exercice à qui bon lui semble; c'est ainsi que les simples citoyens n'ont jamais le droit d'agir au grand criminel. Les particuliers ont d'autant moins le droit de se plaindre, qu'ils peuvent toujours agir devant les tribunaux civils en réparation du préjudice causé. » N'est-ce pas déplacer ou tout au moins diminuer la question? Il ne s'agit pas de savoir si une voie quelconque reste ouverte au citoyen lésé. Après une vive controverse, la Cour de cassation a laissé libre aux particuliers l'accès des tribunaux civils pour y poursuivre les magistrats et officiers de police judiciaire dont ils se prétendent victimes[1]. Ce qu'il importe, c'est de savoir si les parties lésées ne sont pas mises en possession de tous les droits qui leur étaient ravis par des dispositions de loi exceptionnelles. Or c'est par suite d'un privilége que les magistrats ne peuvent être traduits devant la justice répressive que par le procureur général; les citoyens sont donc dépossédés à leur égard du droit qui leur est conféré par les lois de droit commun de mettre en mouvement l'action publique dans certaines conditions déterminées. Ce privilége doit tomber comme les autres. L'objec-

[1] Toutefois nous venons d'indiquer les restrictions considérables apportées à ce droit par l'arrêt du 15 décembre 1876 pour les actes relatifs aux fonctions.

Digitized by Google

tion que la société seule dispose de l'action criminelle à son gré est, suivant nous, sans valeur, puisque précisément nous prétendons que le gouvernement de la Défense nationale a voulu rendre cette action aux particuliers qui en étaient privés.

71. Pour déclarer non abrogés par le décret les dispositions du Code d'instruction criminelle et l'article 10 de la loi du 20 avril 1810, la Cour de cassation se fonde sur deux motifs : 1° le défaut d'abrogation expresse ou virtuelle; 2° le caractère protecteur de ces dispositions pour la poursuite comme pour la défense[1]. La Cour d'Amiens[2] et la Cour de Douai[3] ont jugé dans le même sens. La première ne donne aucun motif. La seconde reproduit ceux émanés de la Cour de cassation.

72. La Cour de Chambéry a accueilli la thèse de l'abrogation. Son arrêt mérite d'être rapporté en entier ; il réfute d'une façon péremptoire le doctrine de la Cour suprême : « Considérant que les termes de ce décret révèlent nettement l'intention de dépouiller les agents du pouvoir des garanties dont la prudence du législateur avait voulu les entourer; que préoccupés uniquement de renverser les barrières protectrices de l'autorité sans envisager les conséquences de ce défaut de protection, les auteurs du décret ont abrogé non-seulement l'article 75 susvisé, mais encore toutes les autres lois générales ou spéciales ayant pour but d'entraver les poursuites contre les fonctionnaires publics de tout ordre; considérant que la portée et l'énergie de ces dispositions repoussent les exceptions prévues par la législation antérieure, et que si le principe d'autorité dont elle assurait le respect dans un intérêt supérieur a été renversé par le décret né dans les circonstances qui en expliquent le sens radical, il n'en est pas moins vrai que le juge a le devoir d'en faire l'application tant que ce décret n'aura pas été rapporté; — Considérant qu'on ne peut s'arrêter à une interprétation restreinte quand la disposition de la loi est générale, précise et absolue; qu'il est difficile de restreindre à l'article 75 seul l'abrogation dont

[1] Ch. crim.. 15 septembre 1871, D. P., 71, 1, 190; 9 février 1872, D. P., 72, 1, 202; 24 décembre 1874, D. P., 74, 1, 442.

[2] 8 janvier 1874, D. P., 74, 5, 273.

[3] 21 décembre 1874, D. P., 76, 2, 88.

Digitized by Google

les termes du décret indiquent l'étendue en l'appliquant aux lois spéciales et générales de la matière dans lesquelles il faut nécessairement comprendre les articles 479 et suivants du Code d'instruction criminelle; — Qu'on ne saurait se dissimuler sans doute les conséquences d'une pareille disposition, puisque, la barrière protectrice étant renversée, l'autorité se trouve par suite exposée à des attaques incessantes, inspirées souvent plutôt par le désir de faire échec au pouvoir et de l'amoindrir, que dans un but loyal de réparation civile; — Qu'en effet, si la partie lésée ne poursuivait que la réparation d'un dommage, la juridiction civile lui étant ouverte, rien ne l'empêche d'y recourir, alors surtout que la juridiction correctionnelle n'est compétente que par une dérogation exceptionnelle du droit commun; — Considérant néanmoins que, s'il est regrettable que le demandeur n'ait pas suivi cette voie, il n'en est pas moins vrai qu'il use, dans l'état actuel de la législation, d'une faculté peut-être excessive, *dont le législateur seul peut provoquer l'abrogation, mais que le juge a le devoir de respecter, la loi lui interdisant de prononcer sur les causes qui lui sont soumises par voie de disposition générale et réglementaire*[1]. »

73. Bien que cette décision ait été cassée, elle nous paraît seule contenir l'exacte vérité. La Cour de cassation, disons-le respectueusement, mais avec la liberté qui appartient à toute discussion, a plutôt légiféré que jugé. Elle a posé en principe que le texte du décret présendait des ambiguïtés et des obscurités, par cela seul qu'il n'énumérait pas les lois frappées d'abrogation. M. Bédarrides, un de ses savants avocats généraux, a justement manifesté sont étonnement en présence d'un acte législatif qui bouleverse les institutions les mieux assises. « Convenous, a-t-il dit, que les Codes qui règlent le droit commun auraient bien mérité les honneurs d'une mention particulière dans la formule d'abrogation. » Le décret ainsi dénoncé comme une œuvre informe, la Cour de cassation l'a refait dans le même sens que la commission de l'Assemblée nationale. Le législateur restait impassible et inactif en présence des controverses provoquées par un acte législatif resté à l'état rudimentaire; l'intérêt social était

[1] 30 novembre 1874, D. P., 75, 1, 442.

Digitized by Google

pressant; la Cour suprême a subi un entraînement qui a son explication dans les mobiles les plus généreux. Elle s'est souvenue que tous les projets de réforme élaborés depuis la Restauration pour faire disparaitre ou modifier la garantie constitutionnelle des fonctionnaires de l'ordre administratif avaient laissé à l'écart la garantie judiciaire qui n'avait donné lieu ni aux mêmes abus ni aux mêmes plaintes, mais elle a oublié que la veille même du jour où M. Jules Favre allait conquérir sa place dans le gouvernement de la Défense nationale et participer à la confection du décret du 19 septembre, il signalait de prétendus attentats à la liberté individuelle et disait celle-ci menacée par l'excès de la législation politique et par l'insuffisance et les entraves de la législation du droit commun. La Cour de cassation a oublié que les réformateurs étaient frappés d'abus multiples qu'ils imputaient tant aux fonctonnaires administratifs qu'aux agents auxiliaires de la justice, et que leur intention, s'ils arrivaient au pouvoir, était de couper le mal dans sa racine et de proscrire l'arbitraire et l'illégalité sous toutes les formes, en proclamant la responsabilité de tous les dépositaires des pouvoirs publics, à quelque hiérarchie qu'il appartiennent.

§ 3.

Le décret du 19 septembre 1870 a-t-il modifié la législation relative à la mise en jugement des ecclésiastiques à raison des délits commis par eux dans l'exercice du culte? La solution de cette question dépend de l'interprétation que l'on donne aux articles 6, 7 et 8 de la loi organique du 18 germinal an X. Une extrême confusion règne à cet égard dans la jurisprudence et la doctrine est en complet désaccord avec celle-ci. M. Faustin Hélie[1] a savamment énuméré les éléments de la controverse. Nous énoncerons seulement, comme l'a fait M. Molinier, les divers systèmes qui sont encore en présence[2].

Deux points d'abord sont hors de discussion. En premier lieu, un ministre du culte remplit une mission exclusivement religieuse, il n'est revêtu d'aucun caractère civil et par con-

[1] *Traité de l'instr. crim.*, t. III, p. 452 et suiv.
[2] P. 399.

Digitized by Google

séquent on ne l'a point placé sous la protection de l'article 75 de la loi de frimaire an VIII. En second lieu, un ecclésiastique est soumis aux mêmes lois que les autres citoyens pour les actes délictueux qu'il commettrait, mais la loi a voulu faire respecter le ministère du prêtre, et pour que son indépendance dans l'exercice du culte ne fût pas menacée par des attaques injustes, elle a délégué au Conseil d'État le droit, conféré autrefois aux Parlements, de déclarer si les actes qui lui sont reprochés sont ou non abusifs. L'autorité judiciaire ne peut être saisie pour les cas d'abus que par un renvoi du Conseil d'État (loi organique du 18 germinal an X, art. 6, 7 et 8).

Mais si l'acte dénoncé constitue à la fois une faute disciplinaire et un délit, l'autorisation préalable sera-t-elle nécessaire pour que l'ecclésiastique puisse être poursuivi?

Suivant une première interprétation, le Conseil d'État devrait apprécier d'une manière absolue tous les faits, qu'ils soient ou non qualifiés délits, qui rentrent dans les cas d'abus [1].

La Cour de cassation distingue entre l'action publique et l'action civile. Le ministère public aurait pleine liberté d'agir, tandis que la partie lésée devrait soumettre sa plainte au Conseil d'État avant d'être admise à la soutenir devant les tribunaux [2].

Enfin, l'opinion soutenue par la plupart des jurisconsultes laisse à l'action publique et à l'action privée toute leur indépendance. L'appel comme d'abus défini dans l'ancien droit « un recours à la puissance séculière dans les cas où l'on croit que les ecclésiastiques ont abusé de leur juridiction » a conservé, dit-on, les caractères qu'il avait sous l'ancienne monarchie. Il n'a subi qu'une modification essentielle lorsqu'il a été réglementé par la loi du 18 germinal au X. Tandis qu'autrefois l'*abus* était un excès de pouvoir de la juridiction ecclésiastique, il est constitué actuellement par les excès individuels des ecclésiastiques. Ainsi tout procédé qui, dans l'exercice du culte, peut troubler ou opprimer les citoyens,

[1] Mangin, *Act. publ.*, n° 255; Chassan, Gabriel Dufour, de Cormenin Favard de Langlade. Dijon, 16 décembre 1857, D. P., 58, 2, 66; Conseil d'État, 27 décembre 1858, D. P., 59, 3, 44.

[2] Ch. crim., 10 août 1861, D. P., 61, 1, 348.

Digitized by Google

ou porter une atteinte aux droits de l'État, encore qu'il ne constitue pas un délit, doit être déféré au Conseil d'État à titre d'abus. Le gouvernement, en échange de la protection qu'il accorde au pouvoir spirituel, se protége et protége les citoyens contre les écarts que commettrait ce pouvoir et qui ne seraient pas prévus par la loi générale. Le refus de sacrement ou de sépulture ecclésiastique, la divulgation de la confession ne sont pas punissables, et néanmoins ils peuvent compromettre l'honneur des citoyens ou troubler leur conscience. Les parties lésées ne pourront en demander réparation qu'après y avoir été autorisées. Mais si l'abus emprunte en outre les caractères d'un délit, l'ecclésiastique, non-seuseulement a commis une infraction à la discipline, mais encore a violé les lois pénales; il devient passible, comme tous les autres citoyens, des poursuites criminelles et civiles réservées à tout délit [1].

Ce système était repoussé par le Conseil d'État. En fait le gouvernement déférait à cette juridiction toutes les matières d'abus sans distinguer, d'une part, si un délit se confondait avec l'excès de pouvoir et, d'autre part, si le délit atteignait un intérêt privé ou un intérêt public [2].

L'abrogation des lois ayant pour objet d'entraver la poursuite des fonctionnaires publics doit, en conséquence, annuler à l'avenir l'application que le Conseil d'État et la Cour de cassation faisaient de la loi du 18 germinal an X aux actes délictueux commis par des ministres du culte [3], sans distinguer entre l'action publique et l'action civile, toutes deux devant procéder en toute indépendance.

Nous allons même plus loin. La formule du décret est tellement absolue qu'il faudrait déclarer qu'elle porte atteinte à l'institution de l'appel comme d'abus puisque celle-ci est de nature à paralyser le droit des citoyens qui se plaindraient d'avoir été troublés par un acte quelconque du pouvoir spirituel. Si toute offense, toute injure, tout scandale qui compromet l'honneur ou trouble la conscience donne droit à une

[1] Chauveau et Hélie, Faustin Hélie, Batbie, Serrigny.

[2] 25 avril 1841, 4 avril 1845, 30 juillet 1847, 17 janvier 1855, 2 mai et 23 novembre 1857, 21 juillet et 16 août 1860, 10 novembre 1862, 13 décembre 1864.

[3] M. Molinier, p. 400.

Digitized by Google

action en réparation, la nécessité d'obtenir une décision préalable du Conseil d'État est évidemment une entrave à l'exercice des droits privés et se trouve comprise dans les prévisions du décret du 19 septembre. Vous arrivez, s'écriera-t-on, à des résultats absurdes ! Vous brisez le pacte organique qui régit les relations du pouvoir spirituel avec les citoyens; vous détruisez la sauvegarde des ministres de l'Église en rejetant l'intervention souveraine de l'État. Les citoyens obtiendront justice de tout acte d'oppression, mais le prêtre sera détrôné de l'autel et ne pourra plus exercer son ministère auguste si vous paralysez sa liberté par la menace de poursuites vexatoires et téméraires. Nous ne prétendons pas qu'il en doive être ainsi. Nous signalons la portée et les conséquences juridiques d'un décret qui brise aveuglément toutes les barrières légales.

Il a été jugé que l'appel comme d'abus formé contre un ecclésiastique pour avoir, dans l'exercice du culte, proféré contre l'appelant des paroles injurieuses et diffamatoires, devient sans intérêt, et, par suite, ne peut plus être admis, lorsqu'il est justifié devant le Conseil d'État qu'une autre destination sera assignée à cet ecclésiastique par l'évêché[1]; — Que le recours doit être écarté en considération des excuses adressées par l'ecclésiastique poursuivi[2] ou des avertissements qui lui ont été donnés par l'autorité supérieure[3], ou bien que la déclaration comme d'abus prononcée contre un ecclésiastique à raison d'un acte de violence par lui commis, ou de propos injurieux et diffamatoires tenus dans l'exercice de ses fonctions, à l'égard d'un particulier, peut être considérée, suivant les circonstances, comme réparation suffisante, de nature à faire écarter l'autorisation des poursuites intentées par ce particulier devant l'autorité judiciaire[4]. Ces décisions ne démontrent-elles pas que le Conseil d'État, outre la juridiction disciplinaire, a un pouvoir absolu pour accorder ou refuser l'autorisation? Ce droit diffère de la garantie constitutionnelle en ce que le Conseil d'État, lorsqu'il agissait en vertu de l'article 75, ne prononçait que

[1] Conseil d'État, 5 mars 1857, D. P., 58, 3, 48.
[2] *Id.*, 14 juin 1862, D. P., 63, 5, 106.
[3] *Id.*, 15 novembre 1858, D. P., 59, 3, 45.
[4] *Id.*, 13 décembre 1864, D. P., 65, 5, 206.

Digitized by Google

comme corps administratif sur l'opportunité de la mise en jugement, tandis que, lorqu'il est saisi de l'appel comme d'abus, il fait acte de juridiction, puisqu'il apprécie au fond l'acte qui lui est déféré, l'absout, le condamne, ou le renvoie à d'autres juges; mais en réalité, que le Conseil d'État absolve l'acte ou bien qu'en déclarant l'abus il refuse l'autorisation de poursuivre l'ecclésiastique devant les tribunaux civils, sa décision, dans l'un et l'autre cas, fait échec au grand principe que tout citoyen a le droit de demander aux tribunaux la réparation du préjudice moral ou matériel qu'il a souffert.

Il ne faut pas oublier, en effet, que les peines disciplinaires prononcées par le Conseil d'État, telles que la déclaration d'abus ou les injonctions qui peuvent y être jointes, non plus que celles prises en considération par cette juridiction, parce qu'elles ont été prononcées par l'évêque, le changement de résidence ou l'avertissement par exemple, ne constituent qu'une satisfaction donnée à l'intérêt public. Ces peines sont absolument indépendantes de la satisfaction pécunaire prévue par l'article 1382 du Code civil. Or, la question est précisément de savoir si le décret de 1870 ne rend pas au particulier l'exercice d'un droit qu'il tient des règles du droit commun et qui se trouvait paralysé par une loi spéciale qui donne au Conseil d'État le pouvoir d'autoriser ou de refuser l'action civile pour tout fait dommageable.

Il importe donc que le législateur se prononce sur les difficultés que soulève la comparaison de la loi du 18 germinal an X avec le décret du 19 septembre 1870 et qu'il rassure les ministres du culte contre une interprétaton qui, pour être rigoureuse, n'en serait pas moins exacte.

La jurisprudence a des variations qui reflètent parfois les idées dominantes suivant que triomphe tel ou tel système politique. Aujourd'hui le décret du 19 septembre n'a pas produit les conséquences qu'on en pouvait tirer parce que le Conseil d'État et la Cour de cassation en ont restreint singulièrement la portée. Demain ou dans quelques années il pourrait servir à la destruction d'institutions qu'il importe de raffermir au lieu de les ébranler. PAUL BERNARD.

(*La suite à une autre livraison.*)

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

PRINCIPES DE L'ENREGISTREMENT

EN FORME DE COMMENTAIRE DE LA LOI DU 22 FRIMAIRE AN VII.

Par M. G. Demante, professeur à la Faculté de droit de Paris,

1er volume.

Compte rendu par M. Ch. Testoud, agrégé à la Faculté de droit de Grenoble.

M. Demante livre au public la troisième édition de ses *Principes de l'enregistrement*. La nouvelle édition, soigneusement revue et augmentée du commentaire des lois récentes, arrive à son heure, et ne peut manquer de rendre d'utiles services. Depuis quelques années, les documents législatifs sur l'enregistrement et le timbre, déjà si nombreux, se sont encore multipliés. Des lois importantes sont intervenues, apportant au régime antérieur de notables modifications. C'est ainsi qu'entre les droits fixes et les droits proportionnels de la loi du 22 frimaire an VII, une nouvelle catégorie de droits : les droits fixes gradués, a pris place depuis la loi du 28 février 1872. Toutes ces innovations demandaient une explication doctrinale et méthodique. Il fallait combiner les lois nouvelles avec les lois anciennes et aussi avec la multitude de décisions administratives et judiciaires que leur interprétation a rendues nécessaires ; mettre de l'harmonie dans ce qu'un député à la dernière Assemblée, M. Parent, appelait un « fatras législatif et administratif » (*J. offic.* 3 avril 1876, p. 2379). Cette tâche appartenait de droit au savant professeur qui, dans les courts loisirs que lui laissent ses travaux sur la législation civile, a tant fait pour vulgariser la connaissance de notre droit fiscal.

Nous nous bornerons à indiquer rapidement le plan de l'ouvrage et les additions et modifications qui y ont été introduites.

Le plan adopté dans les premières éditions n'a pas été sensiblement changé. La première partie du volume est consacrée à la division nouvelle des droits en droits fixes, proportionnels et droits fixes gradués. L'exposé de cette classification est suivi des règles générales sur l'exigibilité des droits. C'est ainsi que l'auteur étudie la théorie des conditions, au point de vue fiscal, en ayant soin toujours de

Digitized by Google

rappeler et de mettre en pleine lumière les principes du droit civil. C'est ainsi encore qu'il approfondit, avec la même exactitude et la même sûreté de méthode, les règles relatives aux nullités et aux perceptions sur les actes nuls; et enfin la théorie des dispositions indépendantes de l'article 11 de la loi de frimaire. Viennent ensuite, conformément à l'ordre des articles, les mutations secrètes et les locations verbales. Mais alors, abandonnant le plan du législateur de l'an VII, l'auteur adopte un plan d'ensemble fort simple et commandé par la nature même du sujet. Il rattache aux articles 14 et 15 la théorie des droits proportionnels qu'il divise, d'après les caractères distinctifs des mouvements de valeurs auxquels ils s'appliquent : en droits de transmission, droits d'obligation, droit de libération, droits de collocation, de condamnation et de liquidation. Le présent volume s'arrête aux droits d'obligation, et c'est dans le tome deuxième que nous sera présentée la théorie nouvelle des droits fixes gradués. Ainsi, M. Demante, loin de suivre servilement l'ordre des articles, s'en est écarté toutes les fois que les nécessités d'une exposition scientifique le commandaient.

Les additions et modifications sont très-nombreuses. Il n'est presque pas de matière qui n'ait été touchée directement ou indirectement par la loi du 28 février 1872, et l'on nous fait très-nettement apercevoir la portée des innovations. Le travail de révision auquel l'auteur s'est livré n'est, d'ailleurs, pas conçu seulement au point de vue de la législation nouvelle, mais aussi au point de vue des documents de jurisprudence et des solutions administratives.

Nous mentionnerons particulièrement la discussion fort intéressante à laquelle il s'est livré sur la nature des droits fixes gradués. On sait que ces droits, d'une nouvelle espèce, ont été établis par les articles 1 et 2 de la loi du 28 février 1872. Leur qualité n'est pas, comme celle des droits fixes, invariable, quel que soit le chiffre des intérêts engagés. Elle ne varie pas non plus, comme pour les droits proportionnels proprement dits, dans le rapport d'une somme à 100 francs. Pour les droits fixes gradués, la quotité reste fixe de 1 franc à 5,000 francs, de 5,000 francs à 10,000 francs, de 10,000 francs à 20,000 francs, etc.; elle ne s'élève pas, suivant une proportion parallèle à la progression des intérêts engagés. On peut dire qu'elle reste longtemps stationnaire et qu'ensuite elle s'élève

Digitized by Google

comme par soubresauts. Quelle est la vraie nature de ces nouveaux droits ? Au premier abord, il semble que, malgré leur proportionnalité imparfaite, il les faudrait classer parmi les droits proportionnels. Peut-il y avoir, en effet, des droits fixes variables et ces deux termes : la fixité et la variabilité n'impliquent-ils pas contradiction ? Sans tenir compte de cette objection séduisante, il faut pourtant se résigner à dire avec M. Demante que les droits fixes gradués appartiennent à la catégorie des droits fixes. Les travaux préparatoires de la loi de 1872 ne laissent subsister aucun doute. « Nous faisons seulement, dit M. Mathieu Bodet à la séance du 26 février 1872 (*J. offic.* du 27, p. 1390), une classification nouvelle des droits fixes, mais en laissant les droits proportionnels ce qu'ils sont et pour les cas où ils sont actuellement applicables. » Cela avait été parfaitement compris par l'Assemblée, et par un amendement qui fut rejeté, MM. Sebert et Ducarre avaient demandé que l'on créât tout simplement de nouveaux droits proportionnels, au lieu de droits fixes gradués. Quelques pages plus loin, M. Demante indique les conséquences que l'on eût pu tirer des principes sur la nature des droits fixes gradués, particulièrement en matière de contrats de mariage, conséquences exorbitantes devant lesquelles l'administration elle-même a reculé (n° 37).

Nous citerons encore, dans notre volume, l'explication détaillée des dispositions relatives à l'enregistrement des baux et des contrats de compte courant ; enfin l'examen de la jurisprudence fiscale en matière de transactions. On trouvera, sur tous ces points, un exposé rapide et clair des solutions de la doctrine, de la jurisprudence et de l'administration.

Nous n'adresserons à l'auteur qu'une seule observation, qui est plutôt l'expression d'un désir qu'une critique. N'eût-il pas été bon de faire précéder le commentaire de la loi d'une courte introduction historique, rappelant la traditionnelle distinction des droits de contrôle, d'insinuation et de centième denier ? Ce tableau de l'ancien droit n'eût pas été dépourvu d'utilité. Souvent, dans le cours de l'ouvrage, l'auteur nous rappelle les précédents et nous cite les solutions des feudistes et les dispositions des anciens édits. De plus, en créant les droits fixes gradués, le législateur de 1872 a invoqué l'autorité de l'histoire et a prétendu restaurer une tradition interrompue.

Digitized by Google

Quoi qu'il en soit, il est permis d'espérer que cette nouvelle édition de l'ouvrage de M. Demante contribuera à l'étude d'une partie importante de notre droit, peut-être injustement négligée dans notre enseignement officiel. Il aura été prouvé une fois de plus que l'étude de la législation fiscale n'a point pour objet une aride nomenclature des droits établis sur les actes, mais qu'elle se propose la connaissance approfondie des éléments essentiels des contrats et en général de toutes les opérations juridiques. L'abondance des documents législatifs, administratifs et judiciaires est ici une cause perpétuelle de confusion et d'obscurité. N'est-il pas bon que des études doctrinales préparent la voie au législateur ?

A la séance du 23 mars 1876, M. Parent, député de la Savoie, a proposé la refonte générale des lois sur l'enregistrement et le timbre, et quelques jours auparavant, le *Journal officiel* annonçait, comme s'étant élevés à plus de 600 millions, les produits d'enregistrement et de timbre pendant l'année 1875. Les travaux de la nature de celui que nous annonçons ne manquent donc ni d'intérêt doctrinal, ni d'intérêt pratique, ni d'actualité législative. CH. TESTOUD.

NÉCROLOGIE.

La *Revue critique de législation et de jurisprudence* a perdu récemment un de ses collaborateurs les plus assidus et les plus autorisés, M. Reverchon, conseiller à la Cour de cassation.

Déjà de justes hommages ont été rendus à sa mémoire. M Arthur Desjardins, avocat général à la Cour de cassation, a, dans son discours de rentrée, dignement signalé les mérites de son ancien collègue. M. Aucoc, président de section au Conseil d'État, en quittant les fonctions de président de la Société de législation comparée, dont M. Reverchon était un des membres les plus actifs depuis sa fondation, a mis en relief toute la carrière d'un homme aussi distingué, a-t-il dit, par son savoir et son talent que par son caractère.

La *Revue critique de législation et de jurisprudence* doit rappeler à son tour le concours précieux que lui avait prêté M. Reverchon et exprimer le regret que lui fait éprouver sa perte.

Nommé auditeur au Conseil d'État en 1838, devenu maître des requêtes en 1846, et appelé en 1851 aux fonctions de commissaire du gouvernement près le Conseil d'État au

Digitized by Google

contentieux, n'ayant dû son avancement qu'à son mérite, M. Reverchon avait vu sa carrière brisée, au mois de juillet 1852, par une révocation. Tout le monde sait à quelle cause a été attribuée cette révocation et quels témoignages d'estime et de sympathie reçut ce magistrat ainsi frappé pour un acte d'indépendance. M. Reverchon entra alors au barreau institué près le Conseil d'État et la Cour de cassation. Il y obtint un grand succès. Mais sa santé le força en 1860 à se défaire de sa charge. En septembre 1870, il avait été appelé à faire partie de la commission provisoire chargée de remplacer le Conseil d'État. Mais il était à cette époque absent de Paris et fut remplacé. Au mois de novembre suivant, il fut nommé avocat général à la Cour de cassation. Les conclusions qu'il a données pendant plusieurs années devant la chambre des requêtes ont été fréquemment insérées dans les journaux judiciaires et les recueils d'arrêts, et justement remarquées. A la fin de décembre 1876, il avait été obligé de renoncer aux fonctions si laborieuses du ministère public et il avait été nommé conseiller. Mais sa santé déclinait visiblement; la maladie l'a emporté le 20 août 1876, à l'âge de soixante-cinq ans.

Lorsqu'il n'était encore qu'auditeur au Conseil d'État, en 1846, M. Reverchon avait publié un excellent *Traité des autorisations de plaider nécessaires aux communes et aux établissements publics*, puis un *Projet de Code ecclésiastique*.

On peut regretter qu'il n'ait pas entrepris plus tard un grand ouvrage sur le droit administratif qu'il connaissait si bien. Mais il a publié de très-nombreux articles non-seulement dans la *Revue critique* (nos lecteurs n'ont pas besoin que nous les leur rappelions), mais dans le journal *le Droit* et dans la *Revue pratique de droit français et étranger*.

Il a donné au *Dictionnaire de l'administration française* de M. Block un remarquable article sur les *Conflits* qui est un véritable traité et un excellent guide sur cette matière délicate.

Il avait en outre fait insérer en 1871 dans le *Correspondant* un travail étendu sur les décrets du 22 janvier 1852 relatifs à la confiscation des biens de la famille d'Orléans.

M. le président Aucoc, dans son discours devant la Société de législation comparée, a exprimé le vœu que les écrits épars de M. Reverchon fussent réunis en volumes. Nous croyons savoir que ce vœu sera réalisé, et nous nous en félicitons, parce que cette publication ne peut manquer de faire honneur à la mémoire de notre très-regretté collaborateur. ACCARIAS.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

DE LA RESPONSABILITÉ

DES FONDATEURS ET ADMINISTRATEURS DE SOCIÉTÉS ANONYMES AUX TERMES DE L'ARTICLE 42 DE LA LOI DU 24 JUILLET 1867.

Par M. Léon Choppard,
Docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

La Cour de cassation, à la date du 13 mars 1876, a rendu un arrêt qui mérite de fixer l'attention des jurisconsultes. Cet arrêt détermine l'étendue de la responsabilité imposée par l'article 42 de la loi de 1867 aux fondateurs et administrateurs de sociétés anonymes. Il tranche ainsi une question sur laquelle la jurisprudence et la doctrine sont profondément divisées. Aussi sa décision a-t-elle été l'objet des plus vives critiques, tant dans des écrits qu'à la barre des tribunaux devant lesquels la même question s'est représentée[1].

Ces critiques sont-elles fondées? C'est ce que nous nous proposons d'examiner.

I. Sous l'empire du Code de commerce, une société anonyme ne pouvait exister qu'avec l'autorisation du gouvernement et avec son approbation pour l'acte qui la constituait. Par ce contrôle préalable de l'autorité supérieure, le législateur voulait protéger le public contre les abus souvent scandaleux d'une forme d'association qui favorise les spéculations aventureuses et qui exige d'autant plus de garanties qu'aucun des associés n'est tenu au delà de sa mise (art. 32, 33, 37 C. com.).

La loi du 24 juillet 1867, complétant l'œuvre libérale de la loi du 23 mai 1863, a affranchi les sociétés anonymes du régime administratif. Mais elle a eu soin de remplacer l'intervention du gouvernement par un ensemble de mesures propres à concilier la liberté des conventions avec la pro-

[1] La Cour de cassation vient d'affirmer une fois de plus sa jurisprudence par arrêt de la chambre civile du 16 janvier 1878, aff. *Société des verreries de Gaillac.*

Digitized by Google

tection due aux tiers, et dont l'expérience n'a que trop montré la nécessité.

L'exagération des apports, l'annonce mensongère d'un capital non souscrit et d'un profit imaginaire, la distribution frauduleuse de dividendes fictifs, telles sont les manœuvres ordinairement employées par les entrepreneurs de sociétés pour tromper la confiance publique.

Justement préoccupé des conséquences désastreuses de pareils abus, le législateur a édicté contre eux des dispositions préventives et répressives. Il a d'abord subordonné la constitution des sociétés anonymes à l'accomplissement de certaines formalités essentielles qui ont principalement pour but d'assurer la réalité des souscriptions et la sincérité des apports. Ces formalités sont énumérées dans les articles 22, 23, 24 et 25 de la loi de 1867.

D'après ces articles, une société anonyme ne peut être définitivement constituée qu'après la souscription de la totalité du capital social et le versement par chaque actionnaire du quart au moins du montant des actions par lui souscrites. Cette souscription et ces versements doivent être constatés par une déclaration des fondateurs de la société dans un acte notarié. Cette déclaration est soumise, avec les pièces à l'appui, à la première assemblée générale, qui en vérifie la sincérité.

Lorqu'un associé fait un apport qui ne consiste pas en numéraire, ou stipule à son profit des avantages particuliers, la première assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés. La société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation de l'apport ou des avantages donnée par une autre assemblée générale, après une nouvelle convocation. La seconde assemblée générale ne peut statuer sur l'approbation de l'apport ou des avantages qu'après un rapport qui est imprimé et tenu à la disposition des actionnaires cinq jours au moins avant la réunion de cette assemblée.

Telles sont les principales conditions auxquelles est soumise la formation d'une société anonyme. Elles appelaient nécessairement une sanction. Cette sanction est écrite dans les articles 41 et 42 de la loi de 1867.

Aux termes de l'article 41, « *est nulle et de nul effet à*

Digitized by Google

« *l'égard des intéressés* toute société anonyme pour laquelle « n'ont pas été observées les dispositions des articles 22, 23, « 24 et 25 ci-dessus. »

Art. 42. « Lorsque la nullité de la société a été pro- « noncée aux termes de l'article précédent, les fondateurs « auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en « fonctions au moment où elle a été encourue, *sont respon-* « *sables solidairement envers les tiers sans préjudice des droits* « *des actionnaires.* »

Ainsi, d'après cette disposition, les fondateurs et administrateurs d'une société anonyme déclarée nulle pour inobservation des formalités constitutives exigées par la loi sont, à raison de cette irrégularité, responsables solidairement envers les tiers, les uns parce qu'ils en sont les auteurs directs, les autres parce que devant et pouvant l'empêcher, ils l'ont laissé commettre.

II. Mais quelle est l'étendue de cette responsabilité ? Telle est la question à résoudre.

Pour préciser, prenons l'exemple que nous fournit l'arrêt de la Cour de cassation qui fait l'objet de notre examen : Une société anonyme se fonde. Le versement par chaque actionnaire du montant des actions par lui souscrites n'a pas été régulièrement effectué. Les déclarations de l'acte social sont simulées ; elles exagèrent le chiffre des apports qui n'ont été ni constatés ni vérifiés. Dans ces conditions, la société est entachée d'un vice originel ; elle est nulle. Néanmoins elle fonctionne, fait des opérations de commerce, souscrit des engagements. Mais ses affaires ne sont pas heureuses et succombant sous l'influence des mêmes causes qui ont produit son irrégularité, elle est mise en liquidation. L'actif social est réalisé ; il est insuffisant pour couvrir le passif. De là un procès. Sur la demande des créanciers, la nullité de la société est prononcée ; mais ils demandent, en outre, que les fondateurs et administrateurs auxquels cette nullité est imputable en soient déclarés responsables.

Quelle sera la mesure de cette responsabilité ? Les fondateurs et administrateurs ne seront-ils responsables envers les tiers que des conséquences dommageables de la nullité de la société, conformément aux règles du droit commun, ou seront-ils tenus de la totalité des dettes sociales ?

Digitized by Google

Si l'on adopte la première solution, ils ne seront responsables que du préjudice réel éprouvé par les tiers et résultant du fait même de la nullité de la société ; responsabilité dont la mesure sera laissée à l'appréciation des tribunaux et qui, suivant les circonstances, pourra n'être qu'insignifiante.

Sans doute, il pourra arriver que la réparation du préjudice causé comporte le payement des dettes sociales ; mais cela n'aura lieu que dans le cas où l'insolvabilité de la société serait la conséquence directe de son vice de constitution ou de sa nullité. Le plus souvent, elle résultera de toute autre cause. Et alors, en dehors de la réparation du préjudice causé, les fondateurs et administrateurs conserveront leur immunité comme si la société avait été valable. Ils ne seront tenus d'aucune obligation personnelle relativement aux engagements de la société ; et les créanciers n'auront que l'actif social pour toute garantie de leurs créances.

Si au contraire on adopte la seconde solution, tout autre est la situation des fondateurs et administrateurs dont la faute a entraîné la nullité de la société. Ce n'est pas seulement dans la mesure du préjudice causé qu'ils sont responsables envers les tiers ; ils sont encore tenus de la totalité des dettes sociales. Leur fortune personnelle devient le gage des créanciers de la société.

III. On comprend dès lors tout l'intérêt de la question. Cet intérêt grandit encore en présence du conflit si nettement tranché de la jurisprudence et de la doctrine. D'un côté tous les arrêts, de l'autre tous les auteurs. Les uns tiennent pour la responsabilité de la totalité des dettes sociales, les autres pour la responsabilité limitée au préjudice causé.

C'est ainsi que par son arrêt du 13 mars 1876, la Cour de cassation persévérant dans sa jurisprudence antérieure, interprète l'article 42 de la loi de 1867, en ce sens que la responsabilité des fondateurs et administrateurs s'étend, non pas seulement au préjudice que les tiers ont pu éprouver par suite de la nullité de la société, mais encore à la totalité des dettes sociales. Elle justifie cette interprétation par ce motif « que les fondateurs et administrateurs, auxquels la nullité « de la société est imputable, en sont déclarés, par la loi, « responsables envers les tiers ; qu'il s'ensuit qu'ils se trou-

Digitized by Google

« vent ainsi substitués à l'être moral qui, par leur faute ou « leur négligence, est reconnu n'avoir pas d'existence légale, « et sont tenus des mêmes obligations. »

Nous reconnaissons volontiers l'insuffisance de ce considérant qui est moins un argument que l'idée générale d'un système. Il est regrettable en effet que la Cour de cassation n'ait pas cru devoir motiver plus fortement sa décision sur une question si grave. Mais les motifs qu'on voudrait voir formulés dans son arrêt, on les trouve dans l'arrêt de la Cour de Bordeaux sur lequel elle avait à se prononcer et qu'elle a confirmé. On les trouve surtout dans l'arrêt rendu par la Cour de Paris sur la même question le 28 mai 1869 et maintenu sur pourvois successifs par arrêts de la Cour de cassation du 27 janvier et du 2 juillet 1873. Bien que ces arrêts concernent une société à responsabilité limitée, régie par la loi du 23 mai 1863, ils n'en conservent pas moins toute leur autorité sous l'empire de la loi du 24 juillet 1867; car l'article 42 de cette loi n'étant que la reproduction textuelle de l'article 25 de la loi de 1863, doit nécessairement recevoir la même interprétation.

(V. Bordeaux, 9 mars 1874; ch. civ., 13 mars 1876, aff. *Société bordelaise de produits alimentaires*, D., 77, 1, 49; Paris, 28 mai 1869, aff. *Société des crédits généraux de Saint-Nazaire*, D., 69, 2, 145, avec une savante note de M. Gaston Griollet, Cass., ch. civ., 27 janvier 1873, D., 73, 1, 331; ch. req, 2 juillet 1873, D., 74, 1, 49. Comp. Rivière, *Comm. de la loi de* 1867 *sur les sociétés*, n° 274.)

IV. La doctrine, avec l'unanimité des auteurs, se prononce énergiquement pour l'opinion contraire.

C'est intentionnellement, disent les auteurs, que dans l'article 25 de la loi de 1863 et l'article 42 de la loi de 1867 le législateur a simplement déclaré les fondateurs et administrateurs de sociétés anonymes responsables solidairement envers les tiers. Cette responsabilité ne peut s'appliquer qu'à la réparation du préjudice causé, conformément au principe général de l'article 1382 du Code civil, et l'étendre au delà c'est créer à la charge des fondateurs et administrateurs une lourde obligation que le texte de la loi ne comporte pas. Cela est si vrai que le projet de loi de 1863 portait qu'ils étaient responsables « *de la totalité des dettes sociales* », et que ces

Digitized by Google

derniers mots ont été retranchés du texte définitif de la loi afin de laisser aux tribunaux le pouvoir de mesurer l'étendue de la responsabilité et de la proportionner au préjudice causé.

Nous devons ajouter que cette interprétation a été donnée par MM. Duvergier et Mathieu dans une remarquable consultation délibérée en faveur des fondateurs de la *Société bordelaise*. Rappelant la part si active qu'ils ont prise dans les travaux préparatoires des lois de 1863 et de 1867 sur les sociétés, nos éminents et regrettés confrères affirment que leur opinion est « moins l'avis de jurisconsultes que la déclaration de témoins ».

On fait valoir en outre des considérations générales sur les conséquences du système consacré par la Cour de cassation.

On dit que ce système est contraire à cette règle de justice et d'équité naturelle que la responsabilité doit être proportionnée à la faute et que l'auteur de la faute n'est tenu de réparer que le préjudice qui en est résulté.

On ajoute que ce système aboutit à un résultat qui en démontre l'erreur. Le crédit des sociétés va se trouver en raison inverse de leur régularité. Les créanciers d'une société anonyme ne devront pas désirer qu'elle soit valable ; ils auront, au contraire, intérêt à ce qu'elle soit nulle. Valable, ils n'auront pour garantie de leurs créances que le capital social ; nulle, ils auront pour assurer leur payement, outre le capital social, toute la fortune personnelle de chacun des fondateurs.

Enfin la crainte d'une responsabilité personnelle et indéfinie écartera des conseils d'administration des sociétés anonymes les hommes honnêtes et expérimentés, ceux-là précisément dont le concours doit former la plus sûre garantie des nombreux intérêts engagés dans ces sociétés. Ils ne voudront pas accepter des fonctions aussi périlleuses. De là une entrave au développement du commerce et de l'industrie. La constitution des sociétés anonymes deviendra plus difficile, et leur administration se trouvera abandonnée aux mains moins scrupuleuses de gens inhabiles et audacieux.

Ainsi raisonnent les auteurs qui combattent le système de la jurisprudence (MM. Duvergier, *Collection des lois*, 1863, p. 387 ; Romiguière, *Comm. de la loi de* 1863, n°s 159 et 162 ;

Digitized by Google

Mathieu et Bourguignat, *Comm. de la loi de* 1867, n° 244; Bédarride, *Comm. de la loi de* 1867, n° 479; Alauzet, *Comm. du Code de comm.*, I, n° 557; Boistel, *Précis de droit comm.*, p. 217; Sourdat, *Traité général de la responsabilité*, II, n° 1250; Lescœur, *De la responsabilité des fondateurs de sociétés anonymes*, *France judiciaire*, 1877, p. 481; Note de Sirey sur l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mars 1876, S., 76, 1, 362).

V. Si imposantes que soient toutes ces autorités, si péremptoire que puisse paraître leur argumentation, nous n'en persistons pas moins à croire que la vérité est du côté de la jurisprudence. L'interprétation que la Cour de cassation donne à l'article 42 de la loi du 1867 nous semble en effet pleinement justifiée par les origines législatives de cet article, par son texte comparé avec les autres dispositions de la même loi, et par les principes qui régissent la constitution des sociétés anonymes.

Reprenons chacun de ces arguments.

VI. L'origine législative de la disposition de l'article 42 de la loi de 1867 se trouve dans la loi du 17 juillet 1856 sur les sociétés en commandite par actions. Cette loi, après avoir, dans son article 6, prononcé la nullité de toute société en commandite par actions constituée contrairement aux prescriptions des articles qui précèdent, ajoute dans son article 7 : « Lorsque la société est annulée aux termes de l'article pré« cédent, les membres du conseil de surveillance peuvent être « déclarés responsables, solidairement et par corps avec les « gérants, de toutes les opérations faites postérieurement à « leur nomination. »

Lorsqu'en 1863 il fut question de créer les sociétés à responsabilité limitée qui n'étaient autres que des sociétés anonymes affranchies de la tutelle administrative, les rédacteurs du projet s'inspirèrent des dispositions de la loi de 1856, notamment en ce qui concerne la nullité de la société et la responsabilité des administrateurs. C'est ainsi que l'article 7 de cette loi se trouvait reproduit en ces termes par l'article 12 du projet :

« Lorsque la société est annulée aux termes de l'article « précédent, les administrateurs sont responsables solidaire« ment et par corps envers les tiers *de la totalité des dettes* « *sociales*, sans préjudice des droits des actionnaires. »

Digitized by Google

Cet article, sur le sens duquel l'exposé des motifs ne donnait d'ailleurs aucune explication, ne fut pas l'objet d'une longue discussion. Le seul changement proposé consistait à imposer la responsabilité aussi bien aux fondateurs qu'aux administrateurs et à l'appliquer seulement à ceux auxquels serait imputable la nullité de la société. Modifié en ce sens par la commission, l'article 12 du projet devint l'article 25 de la loi du 23 mai 1863. Cet article est ainsi conçu : « Lorsque la nullité de la societé ou des actes et délibérations a « été prononcée, aux termes de l'article 24 ci-dessus, les « fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, « *sont responsables solidairement et par corps envers les tiers,* « *sans préjudice des droits des actionnaires.* »

Comme on le voit, dans la rédaction définitive, les mots « *de la totalité des dettes sociales* » ont disparu. Pourquoi ? Si l'on cherche dans le rapport fait au nom de la commission les motifs du changement de rédaction de l'article 25, on n'en trouve pas d'autre que celui-ci : « La rédaction de cet article, dit le rapporteur, a été modifiée sur notre proposition de manière à limiter la responsabilité à ceux auxquels elle est réellement imputable. » Quant à la discussion en séance publique au Corps législatif, elle ne nous fournit absolument aucun éclaircissement.

Ainsi, ni dans le rapport, ni dans la discussion, il n'est question de la suppression des mots « de la totalité des dettes sociales ». Qu'en conclure, si ce n'est, comme le dit lui-même, dans un cas semblable, le rapporteur de la loi de 1867, « qu'il n'y a là qu'une omission matérielle » qui ne saurait modifier le sens et la portée de l'article primitif ? « Il est arrivé ici ce que l'on voit parfois dans les lois les mieux ordonnées où, lorsque le texte en a été remanié à plusieurs reprises, il peut se glisser de légères inexactitudes. » (M. Mathieu, *Comm. de la loi de* 1867, art. 41 et 42, n°s 240 et 242.)

Nous sommes donc fondé à dire que le changement de rédaction de l'article 25 de la loi de 1863 n'a eu pour objet que les personnes auxquelles la responsabilité devait s'appliquer et non l'étendue de cette responsabilité.

D'ailleurs, est-il possible d'admettre que si le législateur avait voulu affranchir les fondateurs et administrateurs de la

Digitized by Google

responsabilité de la totalité des dettes sociales en cas de nullité de la société, une modification aussi importante du projet de loi n'aurait donné lieu à aucune discussion ni au sein de la commission, ni en séance publique, n'aurait fait l'objet d'aucun commentaire de la part du rapporteur? Comment croire que le gouvernement aurait laissé diminuer sans protester une sanction que son projet empruntait à la loi de 1856 et qu'il proposait comme la garantie nécessaire de l'accomplissement des formalités destinées à remplacer efficacement la tutelle administrative dont les nouvelles sociétés allaient désormais être dispensées?

Mais ce n'est pas tout. Comparons ensemble les lois du 17 juillet 1856 et du 23 mai 1863. Ces deux lois étaient destinées à régir simultanément les sociétés en commandite et les sociétés à responsabilité limitée, et en fait elles ont coexisté jusqu'à leur abrogation par la loi de 1867. On doit penser que le législateur a dû coordonner leurs dispositions de telle façon que dans l'application elles ne pussent présenter ni contradiction ni inconséquence. Or, d'après l'article 7 de la loi de 1856, lorsqu'une société en commandite par actions a été annulée comme ayant été irrégulièrement constituée, « les membres du conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables solidairement et par corps de toutes les opérations faites postérieurement à leur nomination ». De son côté, la loi de 1863, dans son article 25, dit qu'en cas de nullité d'une société à responsabilité limitée, « les fondateurs auxquels la nullité est imputable et les administrateurs en fonctions au moment où elle a été encourue, sont responsables solidairement et par corps envers les tiers. » On sait que les dispositions de la loi de 1863 sont copiées en grande partie sur celles de la loi de 1856. Eh bien! est-il admissible que le législateur n'ait rendu les fondateurs et administrateurs responsables de la nullité de la société que dans la mesure du préjudice causé, alors qu'il laissait les membres des conseils de surveillance responsables de la totalité des dettes sociales? Il n'a pas pu être assez inconséquent avec lui-même pour se montrer moins sévère à l'égard des fondateurs et administrateurs, auteurs directs de la nullité de la société, qu'à l'égard de simples membres d'un conseil de surveillance, auxquels on ne peut reprocher que de

Digitized by Google

n'avoir pas empêché le fonctionnement d'une société irrégulièrement constituée. L'invraisemblance d'une pareille anomalie ne fait que justifier une fois de plus l'interprétation que nous donnons de l'article 25 de la loi de 1863, à savoir que la responsabilité qu'il édicte s'étend à la totalité des dettes sociales.

Le sens de cet article étant ainsi déterminé, on doit donner la même interprétation à l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867. Où serait, en effet, la raison de décider le contraire? L'article 42 de la loi de 1867 reproduit exactement les expressions de l'article 25 de la loi de 1863; et rien dans les travaux préparatoires n'indique chez le législateur la pensée de modifier le sens de ces expressions.

Dira-t-on que l'article 8 de la loi de 1867 a limité la responsabilité des membres des conseils de surveillance des sociétés en commandite au dommage résultant de l'annulation de la société, et fait ainsi cesser l'anomalie dont nous avons signalé l'invraisemblance? Qu'importe? Le législateur s'est clairement expliqué sur cette restriction de la responsabilité des membres des conseils de surveillance. Il aurait pu en faire autant en ce qui concerne les fondateurs et les administrateurs des sociétés anonymes, mais il ne l'a pas fait. Il a, au contraire, reproduit textuellement la disposition de l'article 25 de la loi de 1863, et manifesté ainsi l'intention de lui laisser dans l'article 42 de la loi de 1867 le même sens et la même portée.

VII. Si maintenant, dégageant l'article 42 de ses origines législatives, on examine le texte de cet article, si on le compare avec les autres dispositions de la loi de 1867, on trouve la preuve que l'interprétation qu'en donne la jurisprudence est la seule exacte, la seule possible. Nous disons la seule possible, parce que de deux choses l'une : ou la responsabilité imposée par l'article 42 aux fondateurs et administrateurs de sociétés anonymes ne s'applique qu'à la réparation du préjudice résultant de la nullité de la société, ou elle s'étend à la totalité des dettes sociales. Or, tout démontre que cette responsabilité ne peut pas être limitée au seul préjudice causé, qu'elle est plus étendue que la responsabilité de droit commun et ne peut, par conséquent, s'appliquer qu'à la totalité des dettes sociales.

Digitized by Google

Comment admettre, en effet, que le législateur, après avoir remplacé l'autorisation du gouvernement et la surveillance administrative auxquelles étaient précédemment assujetties les sociétés anonymes, par un ensemble de règles destinées à protéger l'intérêt des tiers et des actionnaires, après avoir subordonné l'existence de ces sociétés à la stricte observation de ces règles, n'ait fait autre chose dans l'article 42 qu'imposer aux fondateurs et administrateurs la responsabilité de droit commun à raison d'une nullité qu'ils ont occasionnée et qu'ils avaient le devoir de prévenir? S'il en était ainsi, il faudrait reconnaître que l'article 42 est inutile, puisque cette responsabilité allait d'elle-même, puisque l'on est toujours responsable du préjudice que l'on cause par son fait ou par sa négligence.

D'ailleurs les termes de l'article 42 prouvent bien qu'il édicte une responsabilité différente et plus étendue que la responsabilité de droit commun. En effet, il déclare les fondateurs et administrateurs solidairement responsables envers les tiers « sans préjudice des droits des actionnaires ». Les tiers et les actionnaires ont donc des droits différents. Les actionnaires ne pourront exercer contre les fondateurs et administrateurs d'autres droits, d'autres actions que celles que leur accorde le droit commun pour la réparation du préjudice éprouvé. Les tiers, au contraire, par une disposition expresse de l'article 42, ont un droit plus étendu. Quel peut être ce droit, sinon celui d'obtenir le remboursement intégral de leurs créances?

Notre interprétation trouve encore une confirmation dans le rapprochement de l'article 42 avec l'article 44 de la loi de 1867. D'après l'article 42, les fondateurs et administrateurs auxquels est imputable la nullité de la société sont responsables solidairement envers les tiers. D'après l'article 44, « les administrateurs sont responsables conformément aux règles du droit commun envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion ».

La comparaison de ces deux articles donne lieu à une première remarque. Toutes les fois que le législateur n'a voulu appliquer aux associés, aux membres des conseils de surveillance, aux fondateurs ou administrateurs, que la respon-

Digitized by Google

sabilité de droit commun, il a pris soin de le dire en termes formels. C'est ce qu'il a fait dans l'article 44. (Comp. art. 23 et 30 C. com.; 8-9 de la loi de 1867.) Dans l'article 42, il dit seulement : *responsables solidairement.* Or, cette expression est consacrée en matière de sociétés commerciales pour désigner la responsabilité personnelle et indéfinie des associés ou des gérants. C'est ainsi que les articles 22 et 23 du Code de commerce, pour dire que les associés d'une société en nom collectif ou d'une société en commandite sont tenus personnellement et solidairement des engagements sociaux, les déclarent *responsables et solidaires.*

En outre, si l'opinion de nos adversaires était exacte, si l'article 42 n'édictait contre les fondateurs et administrateurs que la responsabilité de droit commun, cet article ferait double emploi avec l'article 44. Car lorsque, dans la constitution d'une société anonyme, les administrateurs commettent une irrégularité qui entraîne sa nullité, il est bien certain qu'ils commettent une infraction aux dispositions de la loi. Si, dans ce cas, ils ne devaient encourir que la responsabilité de droit commun dont parle l'article 44, que viendrait faire l'article 42? Cet article, encore une fois, serait inutile s'il n'avait pas une autre portée que l'article 44. Or, ces deux articles visent des cas différents, ils doivent donc édicter chacun une responsabilité différente et proportionnée à la gravité du fait imputable aux fondateurs et administrateurs. Lorsque la société ayant été légalement constituée, les administrateurs ont, dans l'accomplissement de leur mandat, commis une faute qui, sans compromettre l'existence de la société, a causé aux tiers un préjudice, ils sont responsables de ce préjudice conformément aux règles du droit commun. C'est le cas de l'article 44. Dans l'article 42, au contraire, il ne s'agit pas d'une simple faute de gestion. Les fondateurs et administrateurs ont méconnu leurs devoirs; ils ont commis une irrégularité qui entraîne la nullité de la société. On comprend que, dans ce cas, le législateur n'ait pas limité leur responsabilité à la réparation d'un préjudice quelconque, et les ait déclarés tenus personnellement de la totalité des dettes sociales.

Cette distinction est très-rationnelle.

Mais, disent nos adversaires, ces discussions de texte plus

Digitized by Google

ou moins subtiles ne sont pas décisives. La loi de 1867 n'est pas exempte d'imperfections. Elle renferme des contradictions, des inconséquences, des doubles emplois. On ne peut pas méconnaître ces imperfections pour tirer argument de leur prétendue impossibilité.

Ce raisonnement est fort contestable. D'abord ce n'est qu'une simple allégation qui ne prouve rien. Ensuite l'interprétation qui donne à une disposition de loi un sens raisonnable en harmonie avec les autres dispositions, n'est-elle pas préférable à celle qui, assurément moins logique, est obligée d'admettre que la rédaction de la loi est défectueuse?

VIII. Enfin, la responsabilité exceptionnelle édictée par l'article 42, et telle que la jurisprudence l'a déterminée, est conforme au but de la loi. Elle n'est que la sanction nécessaire de ses prescriptions relatives à la constitution des sociétés anonymes.

Le caractère spécial des sociétés anonymes est l'absence de toute responsabilité personnelle et indéfinie. Les administrateurs ne contractent aucune obligation personnelle relativement aux engagements de la société. Les actionnaires ne sont pas tenus au delà de leur mise. La société seule est obligée. Son capital est l'unique gage de ses créanciers. C'est à eux de mesurer leur confiance à sa solvabilité.

Mais ce régime est subordonné à la condition essentielle que la société anonyme ait été légalement constituée. La loi a pris soin de le dire en termes formels. Ainsi l'article 37 du Code de commerce portait : « La société anonyme *ne peut exister* qu'avec l'autorisation du gouvernement et avec son approbation pour l'acte qui la constitue. » Non autorisée, une société ne pouvait fonctionner comme société anonyme, c'est-à-dire avec les avantages que la loi attribue à cette forme d'association. Les engagements pris en son nom obligeaient personnellement ceux qui les avaient contractés (Delangle, *Comm. sur les sociétés commerciales*, n° 478; Dalloz, *Rép.*, v° SOCIÉTÉ, n° 1464).

La loi de 1867 a remplacé l'autorisation par certaines formalités. Une société anonyme ne peut pas davantage exister sans l'accomplissement de ces formalités. Autrement, elle est « *nulle et de nul effet* ». Mais à la différence du Code de commerce, la loi de 1867, dans un intérêt d'équité, a cru

Digitized by Google

devoir ne faire peser les conséquences de cette nullité que sur les fondateurs et administrateurs auxquels elle est imputable. C'est pourquoi elle les a déclarés solidairement responsables envers les tiers. « Il s'ensuit, dit avec raison la Cour de cassation, qu'ils se trouvent ainsi substitués à l'être moral qui, par leur faute ou leur négligence, est reconnu n'avoir pas d'existence légale, et sont tenus des mêmes obligations. »

Cette idée est parfaitement exacte, et nous comprenons difficilement les critiques dont elle a été l'objet. Les auteurs de ces critiques ne tiennent pas suffisamment compte du caractère spécial des sociétés anonymes, des conditions de leur formation, des garanties qu'elles doivent offrir aux tiers, des sanctions que ces garanties exigent.

Il n'y a pas, disent-ils, de droit commun en matière de sociétés commerciales, ni de règle générale aux termes de laquelle tout associé qui traite avec les tiers s'oblige personnellement, ni de société-type à laquelle doive être ramenée toute société annulée. La loi admet trois espèces de sociétés, qui ont chacune leurs règles propres et indépendantes. Elle impose à chacune, suivant sa nature, des conditions particulières. Si une société est annulée, c'est d'après les règles spéciales à cette société que l'on doit déterminer les conséquences de sa nullité, apprécier les responsabilités encourues, régler les droits des tiers et des associés. C'est ainsi que la jurisprudence décide généralement que la liquidation des sociétés annulées doit avoir lieu conformément à leurs statuts. De même, les fondateurs et administrateurs d'une société anonyme annulée ne doivent pas être responsables des dettes sociales, parce que, d'après les règles spéciales à cette société, ils ne sont point tenus personnellement des engagements contractés en son nom.

Ce raisonnement n'est vrai que dans les rapports des associés entre eux. En effet, lorsqu'une société qui a fonctionné quelque temps a été annulée pour vice de constitution, il est nécessaire de liquider la situation entre les parties, de régler les conséquences de leur association de fait. Pour cela, on comprend que les tribunaux recherchent dans les statuts de la société annulée quelle a été l'intention des parties. Les arrêts que l'on invoque n'ont pas d'autre portée (ch. req.,

Digitized by Google

7 fév. 1865, D., 65, 1, 289; ch. civ., 13 mai 1862, D., 62, 1, 338).

Mais il doit en être autrement à l'égard des tiers. Valable, la société anonyme est leur seul débiteur et les associés ne sont pas personnellement responsables de ses dettes. Doit-elle produire le même effet lorsqu'elle est nulle, c'est-à-dire lorsque les formalités que la loi a précisément édictées pour protéger l'intérêt des tiers n'ont pas été accomplies? Évidemment non. Sa nullité serait illusoire si, en dépit de la violation de la loi, la société produisait contre eux les effets d'une société anonyme valable. Privée des conditions qui étaient nécessaires pour en faire une société anonyme, elle n'a pas pu fonctionner avec les avantages attachés à cette forme d'association; elle n'a pas pu constituer un être moral distinct des associés, ayant une existence et une responsabilité indépendantes. Les fondateurs et administrateurs restent donc seuls en présence des tiers et ne peuvent se prévaloir d'aucune immunité pour se soustraire à leurs légitimes réclamations.

Qu'on ne vienne pas dire que nous voulons ramener ainsi la société anonyme annulée à une société-type qui n'existe pas dans la loi commerciale, que nous créons pour les besoins de notre système une règle générale aux termes de laquelle tout associé qui traite avec les tiers s'obligerait personnellement. Nous ne faisons, au contraire, qu'appliquer strictement la loi. Que dit-elle, en effet? Que dans toute société anonyme légalement constituée « les fondateurs et administrateurs ne contractent aucune obligation personnelle relativement aux engagements de la société ». N'est-ce pas dire que si la société n'est pas légalement constituée, ils sont tenus personnellement des engagements qu'ils auront contractés en son nom? La loi de 1867 ne dit pas autre chose lorsque, dans son article 41, elle déclare que toute société constituée contrairement à ses prescriptions est nulle et de *nul effet à l'égard des intéressés*, et ajoute dans l'article 42 que les fondateurs et administrateurs auxquels cette nullité est imputable en sont solidairement responsables envers les tiers.

Quoi de plus logique et, en même temps, de plus juste? Les fondateurs et administrateurs d'une société n'ont pas rempli les conditions auxquelles la loi subordonne leur immunité personnelle; tant pis pour eux, ils doivent en subir

Digitized by Google

les conséquences. Que deviendraient les garanties que la loi a établies dans l'intérêt des tiers? où serait la sanction de ces garanties, si les fondateurs et administrateurs qui ont méconnu leurs devoirs pouvaient ensuite s'abriter derrière un acte nul, pour se soustraire aux engagements contractés au nom d'une société qu'ils savaient ne pas exister légalement, et cela par leur propre faute?

IX. Après les développements qui précèdent, est-il besoin de nous arrêter aux affirmations de MM. Duvergier et Mathieu? Sans doute, les affirmations de jurisconsultes aussi autorisés ont leur valeur, mais peuvent-elles prévaloir contre toutes les raisons qui militent en faveur de notre interprétation, et la Cour de cassation pouvait-elle les considérer autrement que comme l'expression d'une opinion personnelle?

X. Quant aux considérations générales que l'on invoque contre le système de la jurisprudence, quelques mots suffiront pour les écarter.

On reproche d'abord à ce système d'être contraire au principe de la responsabilité des fautes. C'est une erreur; car il ne s'agit pas ici d'une application plus ou moins étendue de la responsabilité de droit commun, dont la mesure varie en raison de l'importance de la faute et du préjudice causé. La responsabilité que, d'après la jurisprudence, l'article 42 de la loi de 1867 impose aux fondateurs et administrateurs d'une société anonyme est absolue; elle a pour objet, non la réparation d'un préjudice, mais le payement des dettes sociales. C'est moins une responsabilité qu'une obligation conditionnelle analogue à celle que l'article 28 du Code de commerce impose à l'associé commanditaire qui fait des actes de gestion.

Que dit-on encore? Que le système de la jurisprudence aboutit à un résultat absurde; que le crédit des sociétés anonymes va se trouver maintenant en raison inverse de leur régularité; que leurs créanciers auront intérêt à ce qu'elles soient nulles, parce qu'alors les fondateurs et administrateurs seront personnellement responsables de la totalité des dettes sociales. Est-ce sérieux? Qui donc prendra pour un argument un pareil sophisme? En vérité, on feint d'ignorer que le crédit et la confiance reposent surtout sur le respect de la

Digitized by Google

loi et que la meilleure garantie pour les tiers est l'accomplissement des formalités que le législateur a prescrites dans leur intérêt.

Enfin on formule un dernier grief. On prétend que la crainte d'être tenus de la totalité des dettes sociales écartera des conseils d'administration les hommes honnêtes et expérimentés qui ne voudront pas se trouver exposés pour une simple négligence, pour un oubli peut-être, à encourir une aussi lourde responsabilité. Ce grief n'est pas fondé; la pratique de chaque jour en fait foi. Au surplus, ce n'est pas par pur formalisme que la loi a subordonné la constitution des sociétés anonymes à l'accomplissement de certaines formalités. Ces formalités sont destinées à prévenir les abus et à empêcher les spéculations aventureuses. Elles sont nettement définies dans la loi et leur omission est plus qu'une négligence ou qu'un oubli. Le législateur a pensé que leur observation ne serait efficacement assurée que par la crainte d'une responsabilité personnelle. Les hommes honnêtes et consciencieux qui veulent fonder une société anonyme ou qui doivent faire partie du conseil d'administration n'ont rien à redouter de cette mesure préventive. Soucieux de leurs devoirs, ils se conformeront aux prescriptions de la loi; ils les feront scrupuleusement exécuter; et, de cette façon, ils sauront se mettre à l'abri de la responsabilité édictée par la loi. Ceux, au contraire, qui méconnaissent ces prescriptions et cherchent à les éluder, sont justement suspects de méditer la fraude, et, quand la justice les atteint, ils n'ont pas le droit de se plaindre d'une responsabilité qu'il ne tenait qu'à eux d'éviter. LÉON CHOPPARD.

Digitized by Google

CONSEIL SUPÉRIEUR DES PRISONS,

DISCUSSION SUR LES MESURES RÉPRESSIVES DE LA RÉCIDIVE ET PARTICULIÈREMENT DE CELLE DE LA TRANSPORTATION PÉNALE.

OPINIONS DE M. CH. LUCAS

Développées à la séance du 24 janvier 1878 et ses observations présentées en réponse aux objections produites dans les séances suivantes des 24 et 29.

Messieurs, notre honorable vice-président, M. René Bérenger, sera surpris sans doute de m'entendre demander la parole; car quelques jours avant notre précédente séance, je lui avais exprimé l'intention de ne pas prendre part à cette discussion. J'avais deux raisons pour cela. Mon opinion sur la transportation pénale est de bien vieille date et assez connue. Ce qu'il y avait de mieux à faire me paraissait être d'écouter; car au sein d'un Conseil composé d'hommes si éminents et si éclairés, écouter est le meilleur moyen de s'instruire, et écouter surtout ses adversaires, puisque c'est là que l'on puise le droit de persévérer dans ses convictions ou le devoir de les modifier, suivant les faits et arguments nouveaux qui peuvent se produire.

Ma seconde raison, c'est que sur la question des mesures répressives de la récidive, je suis dans un ordre d'idées assez différent des moyens jusqu'ici proposés à cet égard; et l'improvisation m'exposait soit à abuser de l'attention du Conseil par de trop longs développements pour donner une indication complète de mes idées, soit à ne pas permettre d'en saisir l'ensemble par suite de la réserve que je devais m'imposer. Entre ces deux inconvénients je me résigne au second, me considérant comme obligé de prendre la parole après avoir entendu lundi la lecture du procès-verbal de la dernière séance de la session de juin, à laquelle je n'ai pas eu l'honneur d'assister.

J'ai appris par ce procès-verbal que notre regrettable et regretté collègue M. Bonnier, auquel je m'étais empressé d'adresser, suivant son désir, un exemplaire de ma communication à l'Institut de 1853 sur la transportation pénale, n'avait pas cru, par un sentiment de délicatesse exagérée, de-

Digitized by Google

voir produire en son nom, mais au mien, les arguments de ce mémoire qu'il jugeait utiles à signaler. Je me suis ainsi trouvé, sans le savoir, engagé dans cette discussion, et sur un terrain qui n'était pas celui que j'aurais voulu et que je viens y prendre.

Depuis longtemps on a parlé en différentes occasions et dans différents écrits de la transportation pénale comme du meilleur moyen de répression de la récidive. Ce moyen, si souvent proposé, demandait enfin un examen sérieux et une discussion approfondie. Je m'applaudis que notre honorable collègue M. le vicomte d'Haussonville ait, par son initiative, provoqué à cet égard l'examen de la commission d'études et la discussion du eonseil. Je me suis dit, en effet, que s'il y avait par le système de la transportation pénale possibilité de résoudre la question de la répression de la récidive, des hommes aussi éclairés et d'une aussi grande valeur que MM. d'Haussonville et les membres de la commission d'études trouveraient la solution, et que s'ils n'arrivaient pas à un résultat satisfaisant, c'était que cette solution était introuvable.

C'est ce que j'avais toujours pensé, et c'est l'opinion que me confirme le rapport de la commission d'études qui, malgré tous les efforts si méritoires qu'elle a faits pour amener la proposition de M. d'Haussonville à des conditions pratiques, n'a pu, suivant moi, y réussir.

A la lecture faite à la précédente session du projet de M. d'Haussonville dont l'article premier disait que la transportation pénale pourrait être appliquée à tout individu qui, après avoir subi deux condamnations à une peine criminelle, ou cinq condamnations à une peine correctionnelle, subirait une nouvelle condamnation à un mois d'emprisonnement, notre honorable collègue M. Mettetal s'en est ému. Il n'a pas compris ce grand péril social de la récidive qui avait pour point de départ la condamnation à un mois d'emprisonnement, et qui de ce point de départ s'étendrait aux libérés dans le cas de rupture de ban. La proposition de M. d'Haussonville lui a paru trop absolue et trop radicale, lorsque la condamnation à un mois ou plus d'emprisonnement atteignait souvent des libérés qui avaient rompu plusieurs fois leur ban, parce que plusieurs fois la répulsion de la société les avait contraints à se livrer eux-

Digitized by Google

mêmes au commissaire de police pour demander à la prison le pain qu'ils ne pouvaient plus obtenir du travail libre. Je ne partage pas l'opinion de ceux qui croient que cette répulsion sociale est la cause unique des ruptures de ban. Les libérés rompent parfois leur ban avec une préméditation malintentionnée; mais il n'en est pas moins vrai, ainsi que le pense M. Mettetal, que la rupture de ban est trop souvent le résultat de la répulsion qui les poursuit. M. Mettetal n'a donc pas voulu avec raison que cette catégorie d'individus en récidive fût soumise à l'application de la transportation pénale.

M. Mettetal : Je suis l'adversaire de la transportation pénale; je n'en veux pour aucune catégorie de récidivistes.

Je remercie mon honorable collègue de son interruption. Je savais que la proposition de la commission en faveur de la transportation pénale avait rencontré l'opposition d'une imposante minorité. Je suis heureux d'apprendre que M. Mettetal appartenait à cette minorité, qui comptait aussi dans ses rangs notre honorable vice-président.

Je poursuis en disant que M. Mettetal a pensé qu'il convenait moins d'appeler sur cette catégorie d'individus de nouvelles sévérités pénales, que des mesures disciplinaires. Il a proposé à ce sujet la création de maisons de travail qu'il a nommées établissements disciplinaires. Je crois que la création de ces établissements, proposée par notre honorable collègue, est une question qui n'a pas été suffisamment élaborée, et qui demande à la fois un sérieux examen et un plus ample informé. J'ai l'habitude de rattacher toujours mes observations à quelque principe qui leur sert de point de départ.

Je prierai M. Mettetal de me permettre de soumettre à sa bienveillante appréciation le principe que j'ai toujours professé, qu'il fallait éviter de grouper et réunir les libérés afin de ne pas s'exposer au péril de créer parmi eux l'esprit d'association, beaucoup plus dangereux au sein de la société que dans la prison. Dans la prison, en effet, l'esprit d'association n'a pas d'aliment, et d'ailleurs il a pour le contenir le frein de la discipline. Mais dans la société il a ce frein de moins et l'appât de plus de tant d'occasions qui lui sont offertes.

Ce qui fait à mes yeux l'excellence de l'institution du

Digitized by Google

patronage, c'est qu'il s'adresse à l'individu, c'est que son action est personnelle. Je crois, et je serais heureux que mon honorable collègue partageât cet avis, qu'il faudrait ne pas isoler des deux questions du patronage et de la délibération conditionnelle la création qu'il propose et ne pas insister par ce motif sur sa discussion actuelle.

Les deux questions ont trop d'importance pour que je veuille en parler ici incidemment, d'autant que j'ai beaucoup plus de confiance pour l'avenir que pour le présent dans l'institution du patronage des libérés adultes, et j'en dirai autant de l'institution de la libération conditionnelle. La part d'initiative que j'ai prise à ces deux institutions dit assez l'intérêt sympathique que je leur porte. Mais cet intérêt même me fait craindre qu'à leur début on n'aille trop vite et trop loin en cédant à l'entraînement généreux d'une confiance qui ne me semble pas assez s'inspirer de l'observation et de la sagesse pratiques.

Vous voyez, messieurs, qu'il y a à détacher de la proposition de notre honorable collègue M. d'Haussonville une première catégorie, celle qui fait l'objet de la proposition de M. Mettetal.

Dans son remarquable rapport où il a exposé avec tant de lucidité les opinions de la majorité de la commission d'étude, l'honorable M. Petit a exprimé l'adhésion de la commission à la restriction proposée par M. Mettetal, à celle de M. d'Haussonville. La majorité de la commission étend même son adhésion, sous quelques réserves, au système d'établissements disciplinaires indiqué par M. Mettetal. Je ne saurais, je le répète, aller aussi vite que l'avis de la commission en faveur d'un système qui me semble trop isolé des questions auxquelles son examen se rattache par un lien de connexité.

Cette proposition me paraît trop s'écarter de ce principe qui est pour moi fondamental, qu'à l'égard des libérés il ne faut pas procéder collectivement, mais individuellement. Il ne faut pas plus créer l'association des libérés par la maison de travail que la race des libérés par la colonisation.

J'arrive maintenant aux trois points que je me propose de traiter le plus brièvement qu'il me sera possible pour ne pas abuser de la bienveillante attention du conseil. Je dois faire observer avant tout qu'il ne s'agit pas ici de la question pré-

Digitized by Google

ventive de la récidive qui serait celle de l'ensemble de la réforme pénitentiaire tout entière, mais seulement de la question répressive de la récidive dans les termes où elle se produit.

Le premier point, c'est qu'alors même que l'aggravation de la récidive serait un fait exact et démontré exigeant une peine nouvelle, la transportation pénale ne saurait être cette peine;

Le second point c'est que cette aggravation n'existe pas, et qu'il n'y a pas lieu par conséquent de recourir à une pénalité nouvelle contre la récidive;

Le troisième enfin, c'est qu'il faut entrer dans un autre ordre d'idées pour arriver aux garanties répressives qu'exige l'état présent de la récidive.

I

Je dis d'abord qu'alors même que le péril de la situation exigerait une peine nouvelle pour la répression de la récidive, ce n'est pas à la transportation pénale qu'il faudrait recourir. La déportation, l'exil, le bannissement sont des peines qui ont existé dans les temps anciens, et qui existent encore dans le nôtre. La transportation pénale, telle qu'elle s'est introduite et se pratique à notre époque, est autre chose. Il fut un temps où la récidive n'était pas connue, parce que la peine de mort et la captivité perpétuelle régnaient seules dans le domaine de la pénalité. Mais la peine de mort, déjà abolie dans la législation criminelle de quelques États, n'occupe plus qu'une place chaque jour plus restreinte dans les lois des nations qui la conservent encore.

Quant à la captivité perpétuelle, elle est exclusivement réservée pour les cas de haute criminalité où l'ordre social en exige impérieusement le maintien. Le progrès de la civilisation ne permet donc plus à l'ordre social de recourir que temporairement à la garantie matérielle de la captivité, pour mettre le condamné hors d'état de nuire. C'est ainsi qu'à l'expiration de cette captivité temporaire, le redoutable problème de la récidive des libérés s'impose dans notre société moderne à toutes les nations civilisées, qui sont tenues d'en rechercher et d'en trouver la solution.

Or, je repousse la transportation pénale parce qu'à quelque

Digitized by Google

point de vue qu'on la considère, elle ne peut être cette solution.

Je la repousse parce qu'elle n'a pas le caractère général et permanent qui constitue une peine, puisqu'elle ne peut être pratiquée que par les nations maritimes; et parce qu'encore, du moment où elle ne peut se généraliser, elle ne saurait appartenir au cadre normal de la pénalité.

Je la repousse comme ne pouvant être pour les nations maritimes elles-mêmes qu'un expédient momentané, ainsi que l'enseigne l'histoire des nations maritimes et notamment celle de l'Angleterre, par les deux raisons suivantes :

L'une, c'est que la coexistence prolongée d'une colonie pénale et d'une colonie libre n'est pas admissible. En effet, la colonie libre ne subit cette juxtaposition à sa naissance qu'autant que le manque de bras lui en impose la nécessité; mais aussitôt qu'elle arrive à la vitalité, elle repousse énergiquement la colonie pénale comme un obstacle à son développement moral.

L'autre raison, c'est que les conditions de bien-être qu'on accorde à la colonisation pénale font bientôt de la transportation un objet d'attrait plutôt que d'intimidation, et qu'ainsi elle offre au sein de la métropole à l'esprit aventureux du malfaiteur une prime d'encouragement à l'accroissement de la criminalité et de la récidive. C'est ainsi qu'une nation maritime se condamne à augmenter dans son propre sein la source de la criminalité qu'elle avait cru tarir. Au lieu d'un exutoire, c'est un appât qu'elle a donné au mouvement progressif de la criminalité.

Telles sont les deux causes à mentionner principalement parmi celles qui ont déterminé l'échec de la transportation pénale chez la nation qui en a fait la plus longue expérience, et qui, par sa puissance maritime, était le mieux à même d'arriver au succès.

L'Angleterre, qui aurait mieux fait de suivre les inspirations de la morale chrétienne que les faux calculs d'une morale utilitaire, transporta d'abord ses libérés dans l'Amérique du Nord. Mais il lui fallut bientôt, par suite de l'émancipation des colonies américaines qui, par la bouche éloquente de Franklin, lui reprochaient l'immoralité de sa transportation, chercher un autre lieu et recourir à l'Aus-

Digitized by Google

tralie. Malgré l'étendue du territoire australien, le temps arriva où, après avoir vu son système de transportation successivement flétri et repoussé par les colonies parvenues à la vitalité, l'Angleterre fut obligée de se poser sur son propre territoire ce redoutable problème de la récidive des libérés, auquel elle n'avait pu que momentanément se soustraire, et qu'elle n'avait fait qu'aggraver. C'est ce qu'attestent, en effet, les enquêtes parlementaires qui constatent que la transportation n'a pas seulement échoué devant la répulsion des colonies australiennes, mais devant l'accroissement du mouvement de la criminalité que sa dangereuse attraction avait déterminé.

Je repousse encore l'expédient de la transportation, parce que cet expédient présente, dans son application, de choquantes anomalies, parce que tandis que la transportation est attrayante pour l'imagination aventureuse du condamné qui ne tient par aucun lien honnête à la métropole, elle devient au contraire un châtiment terrible pour celui dont on brise les affections et les devoirs même de famille, en oubliant que tant qu'il y a encore dans le cœur d'un condamné le sentiment des affections et des devoirs de famille, c'est la meilleure espérance de régénération. On dit, il est vrai, que l'on permet au transporté d'appeler sur cette terre lointaine sa femme et ses enfants, comme s'il avait les moyens de pourvoir à une dépense aussi onéreuse.

Je repousse enfin la transportation, parce qu'elle ne permet pas de concilier les deux principes répressif et pénitentiaire, qui doivent, comme je l'ai toujours professé, être étroitement unis. Elle exagère d'un côté, ainsi qu'on la vu, le principe de l'intimidation et de l'autre celui de l'amendement quand sur ce dernier point elle vient transformer les voleurs en propriétaires pour les corriger. Lorsqu'elle promet au bout de deux à trois ans des concessions de terres si fertiles sous ce beau climat de la Nouvelle Calédonie, on peut croire qu'à ce prix ceux qui sont voleurs pourront peut-être cesser de l'être, mais ne craint-on pas qu'avec un pareil appât, ainsi que l'atteste l'expérience de l'Angleterre, ceux qui ne le sont pas encore ne soient tentés de le devenir? On dit que l'application de la transportation sera facultative pour les tribunaux; mais c'est cet arbitraire qui m'effraye.

Digitized by Google

Le rapport nous dit que ce ne sera pour les magistrats qu'une arme exceptionnelle dont ils ne feront usage qu'à l'égard des récidivistes incorrigibles. Puis se souvenant des crimes commis par les détenus des maisons centrales pour arriver à une condamnation aux travaux forcés qui leur procure la transportation en Calédonie, le rapport ajoute prudemment et textuellement « que les magistrats n'en useraient pas pour les récidivistes même incorrigibles, pour lesquels l'expatriation, loin d'être un châtiment, aurait une sorte d'attrait ».

Ainsi donc, comme c'est précisément pour l'esprit aventureux de ces récidivistes incorrigibles que la transportation est attrayante, il s'ensuit qu'elle sera inappliquée à ceux auxquels on voudrait qu'elle fût précisément applicable.

J'aurais, si j'en avais le temps, à énumérer bien des griefs contre le projet de loi de la commission, et notamment celui de venir bouleverser l'ordre des juridictions, en appelant le juge du tribunal cerrectionnel à la faculté de prononcer la condamnation à une peine perpétuelle, puisque c'est la transportation à perpétuité qui est proposée.

J'aurais aussi à rappeler bien des considérations morales que j'ai développées dans mon mémoire à l'Institut en 1853 sur ce système inexécutable de la juxtaposition de la colonisation pénale et de la colonisation libre, véritable utopie qui rêve les affinités de deux éléments qui se repoussent et imagine le roman de leur coexistence, au lieu de reconnaître le témoignage historique de leur incompatibilité. Pour coloniser, il faut d'abord créer la famille, on ne crée la famille que par le mariage; et pour le mariage, il faut l'union des sexes. Or, l'un des deux sexes, le sexe féminin, fait défaut à la transportation pénale. Et cet argument ne suffit-il pas à lui seul pour mettre la vérité à la place de l'utopie?

La peine par excellence, a dit avec raison Rossi, c'est la peine de l'emprisonnement. Oui, elle est la peine par excellence, parce qu'on peut en généraliser l'application et en graduer la durée chez toutes les nations civilisées ; et quand je vois proposer à mon pays de substituer à une pareille peine l'expédient de la transportation pénale, je m'afflige qu'on veuille ainsi le détourner de la voie de la vérité pratique et le faire rétrogarder dans la marche de la civilisation.

Digitized by Google

Je ne demande pas toutefois l'abrogation de la loi de 1854, dont j'ai vivement combattu le projet dans la faible mesure de mes forces. Je ne demande pas qu'on revienne sur le fait accompli. Du moment où cette expérience a commencé, il faut la laisser poursuivre son cours, et puisse-t-elle ne pas réaliser mes prédictions dont les crimes commis dans les maisons centrales semblent déjà les symptômes précurseurs ! Mais quand on vient proposer de s'avancer davantage dans cette voie mauvaise, j'oppose les vérités de la science et les leçons de l'histoire à cette tendance qui s'accuse de jour en jour. Le projet de la commission n'est pas un symptôme isolé de cette tendance; elle s'affirme d'une manière encore plus accusée dans un livre sur lequel il convenait d'appeler, en raison de l'importance du sujet et du mérite de son éminent auteur, l'attention de l'Académie des sciences morales et politiques. C'est à ce double titre que j'ai présenté à l'Académie le rapport dont j'ai eu l'honneur de faire hommage au conseil supérieur, sur le livre dû à la plume élégante et autorisée de l'habile directeur des colonies. Il y propose, à l'occasion des crimes commis par les réclusionnaires dans les maisons centrales pour se faire transporter à la Nouvelle-Calédonie, d'étendre la transportation pénale aux réclusionnaires eux-mêmes. On sent toute la gravité d'une pareille proposition provenant d'une source aussi autorisée. Elle aurait pour résultat de ne plus laisser en dehors de la transportation que les détenus des prisons départementales. Je ne crois pas, du reste, que cette proposition ait chance d'être prise en sérieuse considération en s'appuyant sur le motif exprimé par son honorable auteur, que les crimes commis en vue de l'attrait de la transportation cesseraient de la part des réclusionnaires qui auraient obtenu ce qu'ils désiraient.

Je ne pense pas, en effet, qu'il puisse se rencontrer un législateur disposé à pratiquer la répression en préférant pour les malfaiteurs les peines qu'ils recherchent à celles qu'ils redoutent.

Je crois avoir suffisamment établi le premier point, qu'alors même que l'aggravation de la récidive étant un fait exact et démontré, exigerait une peine nouvelle, la transportation pénale ne saurait être cettte peine.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

Digitized by Google

DE LA RESPONSABILITÉ DES FONCTIONNAIRES PUBLICS

SOUS L'EMPIRE DU DÉCRET DU 19 SEPTEMBRE 1870.

Par M. Paul BERNARD, conseiller à la Cour de Dijon.

(*Suite*[1].)

(Troisième partie.)

I

78. Le gouvernement de la Défense nationale a supprimé d'un trait de plume toute la législation qui avait pour objet de réglementer les poursuites contre les fonctionnaires publics. A moins d'être optimiste au dernier degré, il faut bien reconnaître que, tout en étant animé des plus louables intentions, il a jeté la confusion dans cette législation à l'aide d'une formule qui renverse tout et n'édifie rien. La garantie constitutionnelle est supprimée; telle est la seule déclaration utile du décret qu'il soit possible de conserver. La seconde disposition, en proclamant l'abrogation de toutes les entraves aux poursuites des fonctionnaires publics de tout ordre, a ouvert le champ à d'interminables controverses. A force de généraliser, nul ne peut dire où le législateur a voulu s'arrêter, quelle institution il a voulu atteindre ou respecter.

Si l'on veut que la responsabilité des dépositaires des pouvoirs publics ne soit pas un vain mot, il faut donner aux citoyens une loi claire et précise, afin qu'ils ne soient pas forcés de parcourir tous les degrés de juridiction pour obtenir, à leurs dépens, l'interprétation préjudicielle de la loi, au lieu de la réparation pure et simple du préjudice qu'ils ont souffert. Depuis six ans, tous ceux qui ont eu le courage, et ils sont peu nombreux, de rechercher la tardive réparation d'actes accomplis durant les temps troublés que nous avons traversés, se sont heurtés, d'une part, à des fonctionnaires qui ont décliné l'honneur de la responsabilité et recouru à toutes les subtilités pour ressusciter quelque protection surannée; de l'autre, à une loi informe qui les a amenés

[1] V. *Revue critique*, août, p. 515, et septembre-octobre, 1876, p. 590; janvier, p. 12, et juillet, 1877, p. 441; janvier, 1878, p.41.

Digitized by Google

invariablement jusqu'à la barre de la Cour de cassation pour y faire vider de simples questions de compétence. C'est à leurs dépens que l'on édifie péniblement une théorie sur la responsabilité, et cette théorie repose sur des bases si fragiles que les plaignants les plus intrépides peuvent craindre, dans l'avenir, de ne trouver dans les décisions intervenues que des indications trompeuses. Il faut donc absolument que l'interprétation précaire et vacillante des tribunaux fasse place à une interprétation législative pour que l'harmonie succède au désordre, la certitude à l'arbitraire.

La troisième disposition du décret contient des promesses qui n'ont pas été réalisées. C'est encore une raison de délibérer sur le sujet de la responsabilité.

Nous allons dire rapidement notre opinion sur les modifications qu'il y aurait lieu de faire subir aux dispositions des lois qui règlent cette matière.

II

79. La garantie des fonctionnaires de l'ordre administratif est définitivement condamnée en principe. Elle est un obstacle au progrès social, encourage l'esprit de routine et favorise l'excès de centralisation; elle fausse les institutions; elle énerve le pouvoir gouvernemental en l'entraînant à d'inévitables faiblesses; elle enorgueillit les fonctionnaires et les détourne des inspirations de la conscience; elle accoutume les citoyens à l'humiliation, détruit la liberté civile et la liberté politique en même temps qu'elle blesse les idées de justice et d'égalité devant la loi. Dans un État il ne doit exister d'autre inviolabilité que celle de la loi. La justice doit dominer tous les pouvoirs; toutes les souverainetés doivent graviter autour d'elle. Pour arriver à cet idéal, il faudrait réformer plusieurs de nos institutions et rendre au pouvoir judiciaire tous les fleurons qu'on a soustraits à sa couronne, à son domaine tous les démembrements qu'on lui a fait subir. Si ce rêve est irréalisable parce qu'il exigerait des transformations auxquelles résistent l'empire de la tradition, le souvenir de la puissance des Parlements et la nécessité de ne pas brusquer le fonctionnement du mécanisme social, au moins faut-il que le pouvoir, sous quelque dénomination qu'il soit délégué, ne puisse jamais descendre du rôle de

Digitized by Google

protecteur à celui d'oppresseur, et que tout citoyen soit armé contre la violation qu'il ferait de ses droits.

En ordonnant qu'aucune poursuite ne serait dirigée contre un administrateur que par sa volonté, l'administration s'était subordonné la justice. Sous prétexte de ne pas laisser entraver sa liberté d'action, l'administration avait entravé celle de la justice. Pour défendre le principe de la séparation des pouvoirs, elle l'avait violé. Maîtresse absolue de l'autorisation préalable, elle était devenue l'arbitre suprême du sort des fonctionnaires, des droits des citoyens et de la loi elle-même. La suppression de l'autorisation préalable a rétabli l'équilibre entre les deux pouvoirs. Nous avons démontré qu'en rendant aux tribunaux judiciaires le droit de qualifier et de juger, dans les limites de leur compétence, les actes qui constituent une violation de la loi, une illégalité ou un délit, la loi ne désarmait pas nécessairement l'administration et n'établissait pas la confusion des pouvoirs, puisque lorsque le sens d'un acte administratif est douteux, ces tribunaux doivent s'abstenir d'en déterminer la portée et que l'administration peut élever le conflit pour faire respecter son droit préjudiciel. L'autorité judiciaire est remise en possession d'un seul droit : rechercher si l'acte reproché à un agent du pouvoir est contraire aux lois et partant s'il en ressort un préjudice pour le plaignant ou une atteinte à l'ordre public, tel est le cercle dans lequel elle doit se mouvoir. Elle peut le faire sans s'aventurer dans les régions interdites à son examen. Qu'elle doive déployer quelque prudence pour éviter les investigations indiscrètes et les ingérences téméraires, nul ne le conteste. Dans ce système plus compliqué que l'ancien, au moins dans certaines hypothèses, il y aura des conflits entre l'autorité judiciaire et l'administration, celle-ci ayant une tendance à tenir pour obscur ce que celle-là aura trouvé lumineux, mais le tribunal régulateur rétablira la bonne harmonie entre elles et la fermeté de ses décisions préviendra les témérités réciproques.

80. Le principe de la séparation des pouvoirs n'est exposé à souffrir quelque froissement qu'en matière criminelle, par suite de l'interdiction faite à l'administration d'élever le conflit. Nous ne pensons pas cependant que la législation doive être modifiée en ce point. Si le fonctionnaire n'est

Digitized by Google

plus garanti par l'autorisation préalable, il reste placé sous la protection impartiale du magistrat instructeur, de la chambre des mises en accusation, de la Cour d'assises et enfin de la Cour de cassation, qui auront tour à tour souci de faire juger la question préjudicielle, si l'intérêt du fonctionnaire et celui de l'administration l'exigent. Il serait imprudent de préférer à toutes ces garanties accumulées, celle du conflit qui entraverait la poursuite et lui ferait subir des retards inconciliables avec les exigences de la justice répressive.

81. Le pouvoir confié à l'administration d'élever le conflit doit être restreint plutôt qu'agrandi. Nous ne proposons pas de bouleverser cette institution quoiqu'elle expose l'administration à des actes d'omnipotence, puisque les tribunaux sont tenus de surseoir, sous peine de forfaiture, devant un arrêté de conflit dont l'inanité est éclatante et l'absurdité incontestable. Mais nous demandons hautement que le préfet ne puisse se servir d'une arme aussi redoutable dans les poursuites *personnelles* qui lui sont intentées. Comment! ce fonctionnaire aura fait acte de potentat! il aura commis une illégalité manifeste! il aura ordonné une arrestation arbitraire, une séquestration criminelle, violé le secret des lettres, diffamé un citoyen, et il aura le droit de désarmer lui-même le tribunal appelé à le juger en se targuant d'une prétendue infaillibilité, en se prévalant de la légitimité d'une puissance administrative qui sera niée par le tribunal des conflits, et durant quelques mois il pourra ainsi s'assurer l'impunité et se donner les allures d'un triomphateur! C'est là un spectacle scandaleux qui déconsidère et amoindrit l'administration. Nous en avons montré un exemple dans l'exposé de la poursuite contre le préfet de Maine-et-Loire qui avait dessaisi le tribunal auquel demandait justice la veuve d'un débitant de tabac diffamé dans un arrêté préfectoral. Revenons au principe d'éternelle équité, que nul ne doit être juge dans sa propre cause. Le moyen est bien simple. Il suffit d'exiger que le conflit soit élevé par le ministre de l'intérieur dans toutes les actions civiles ou correctionnelles exercées contre un préfet. Cet agent peut-il invoquer avec quelque apparence de raison l'examen préjudiciel du Conseil d'État, le ministre s'empressera d'arriver à son secours. Peut-être celui-ci ne se

Digitized by Google

montrera-t-il que trop disposé à soutenir son subordonné et à lui tendre la planche de salut, mais au moins ne sera-t-il pas aveuglé par l'ardeur que déploie tout homme poursuivi en justice pour repousser *per fas et nefas* une condamnation pécuniaire ou une note défavorable pour son honneur, et qui, en un mot, se trouve sous le coup des inspirations pernicieuses de l'intérêt personnel. Que nos institutions comptent dans une certaine mesure sur la vertu des agents du pouvoir, il le faut bien, mais qu'elles comptent aussi avec leurs faiblesses et ne livrent pas les citoyens pieds et poings liés à leurs passions.

82. Faut-il assujettir à certaines conditions le droit rendu aux plaignants de poursuivre les agents du gouvernement ou leur laisser la liberté illimitée qui leur a été octroyée par le décret? La commission de l'Assemblée nationale chargée de proposer la révision des actes législatifs du gouvernement de la Défense nationale a exprimé l'avis que l'action devant les tribunaux civils pût être exercée dans les termes du droit commun. En ce qui touche les poursuites au criminel, deux systèmes ont été émis, celui de la liberté absolue et celui d'une restriction à cette liberté. Dans ce dernier sens, la majorité de la commission a proposé d'obliger tout plaignant à déposer une plainte écrite; une information serait ouverte à la requête du ministère public et le tribunal correctionnel ne serait saisi que par l'ordonnance du juge d'instruction. Les fonctionnaires publics seraient ainsi protégés par les juridictions ordinaires contre la légèreté et la mauvaise foi. Déjà en 1834, M. Dufaure avait émis l'idée de demander l'autorisation préalable à la magistrature elle-même, par exemple à la chambre des mises en accusation des Cours d'appel, qui remplace chez nous le jury anglais [1]. La même solution a été proposée en 1869 par M. le conseiller Poitou [2]. La garantie résultant de l'ordonnance rendue par le juge d'instruction nous paraît suffisante pour empêcher le fonctionnaire dénoncé d'être traîné sur la sellette correctionnelle sous la prévention de griefs imaginaires, et cette garantie ne mettra pas obstacle à l'exercice des droits du plai-

[1] *Moniteur* du 29 mars.
[2] *La Liberté civile*, etc., p. 322.

Digitized by Google

gnant, car en supposant que le magistrat instructeur ait rendu une ordonnance de non-lieu, le plaignant qui se sera constitué partie civile pourra faire opposition à cette ordonnance et la déférer au contrôle de la chambre des mises en accusation.

83. Mais il faudrait se hâter de donner au fonctionnaire public le même droit d'opposition. En effet, tandis que l'article 135 du Code d'instruction criminelle donne au procureur de la République et au procureur général le droit de former opposition dans tous les cas aux ordonnances du juge d'instruction, tandis que la partie civile a aussi un droit presque sans limite, le prévenu ne peut critiquer les ordonnances que pour cause d'incompétence de la juridiction devant laquelle il est renvoyé, ou parce que le juge a refusé de le mettre en liberté provisoire. Ces dispositions, à notre avis, sacrifient le droit de la défense au profit de l'accusation. A la rigueur, nous comprendrions la faculté laissée au ministère public de déférer à la censure d'une juridiction régulière et souveraine l'ordonnance émanée d'un juge unique, substitué à la juridiction de la chambre du conseil. Plus le pouvoir du juge d'instruction reçoit d'extension, a-t-on dit, plus il importe d'affirmer le droit qui se place à côté de lui, qui s'inquiète de ses écarts et les surveille[1]. Mais comment a-t-on pu identifier le droit d'accusation privée avec le droit d'accusation publique, au point de les placer sur le même rang, sans donner au prévenu le moyen de se défendre également contre les erreurs du juge? Son droit n'est-il pas aussi sacré que celui de la partie civile? N'a-t-il pas un intérêt essentiel à lutter de toutes ses forces pour éviter la discussion publique? Il peut avoir commis des fautes, des imprudences, mais s'il peut parvenir à démontrer que le juge d'instruction a pris pour des preuves les indices les plus légers et qu'il doit être renvoyé des poursuites sans être obligé de subir la honte d'une comparution devant la juridiction de jugement, pourquoi lui refuserait-on cette ressource suprême de l'opposition? Ce serait compliquer les informations, dira-t-on, et établir deux degrés de juridiction dans l'instruction. Sans nul doute un certain nombre de prévenus useraient de

[1] Exposé des motifs de la loi des 17 et 31 juillet 1856.

Digitized by Google

ce droit; mais le mal ne serait pas grand et l'on aurait réparé une inégalité inique. Il faut ou supprimer le droit de la partie civile, ou donner au prévenu un droit égal au sien.

84. La commission a formulé une autre proposition à laquelle nous nous associons également, ce serait de rétablir l'article 374 du Code pénal, abrogé par la loi du 17 mai 1819, lequel prononçait contre le calomniateur l'interdiction pendant cinq ans au moins et dix ans au plus des droits mentionnés en l'article 42 du même Code. Lorsqu'une ordonnance de non-lieu serait intervenue, en effet, en faveur du fonctionnaire injustement et malicieusement incriminé, le ministère public poursuivrait le plaignant pour délit de dénonciation calomnieuse, et à la peine principale prévue par l'article 373, le tribunal pourrait, suivant les circonstances, ajouter la peine accessoire de l'interdiction des droits civiques, civils ou de famille. Il importe de supprimer les entraves aux poursuites et de les remplacer par des protections spéciales en faveur de l'agent inquiété dans l'exercice de ses fonctions par la haine et la mauvaise foi.

84 *bis*. Dans un remarquable discours sur la *Responsabilité des fonctionnaires publics devant les tribunaux*, prononcé le 3 novembre 1875 devant la Cour d'appel de Nîmes, M. l'avocat général Joseph Clappier a proposé de compléter la réforme demandée par la commission de l'Assemblée nationale en soumettant également les actions civiles intentées contre les fonctionnaires publics à une autorisation préalable. « Presque toujours c'est aux tribunaux civils qu'on s'adresse, dit l'honorable magistrat. On y trouve, avec la même publicité (qu'on recherche avant toute chose), des conditions moins défavorables au succès. Il suffit de prouver le dommage causé sans droit par le fait du fonctionnaire, indépendamment de l'intention coupable. C'est l'article 1382 du Code civil qu'invoquent presque toutes les assignations. » « Pourquoi n'emprunterait-on pas à la procédure de la prise à partie la nécessité d'une requête qui serait présentée, soit à la Cour, soit au tribunal, suivant la situation hiérarchique du fonctionnaire, — requête qui serait examinée en chambre du conseil, sans débats publics, — et suivie d'un jugement publiquement rendu, accordant ou refusant l'autorisation d'assigner?

« Cette innovation, justifiée par l'analogie des situations,

Digitized by Google

introduirait dans les instances civiles cette première procédure non publique dont on reconnaît la nécessité en matière correctionnelle; et, pour que l'assimilation fût plus parfaite, nous voudrions que le demandeur fût obligé de signer la requête et considéré comme un dénonciateur passible, le cas échéant, des peines de l'article 373 du Code pénal; on atteindrait ainsi les insolvables. »

Ce système est aussi simple qu'ingénieux, puisqu'il étend la procédure de la prise à partie aux *fonctionnaires de tout ordre*, mais il me paraît dangereux à divers points de vue. D'abord il ressuscite sous une forme différente la *garantie constitutionnelle*. Celle-ci devient la *garantie judiciaire*. Ce changement de nom fait immédiatement surgir dans l'esprit l'idée d'une institution qui rompt avec les errements du passé, puisqu'au lieu de confier les droits du fonctionnaire et ceux des citoyens à un corps politique plus ou moins accessible aux inspirations de la raison d'État, elle en livre le dépôt à une magistrature dont l'intégrité et l'indépendance défient toutes les attaques. Mais il est à craindre précisément qu'une semblable attribution ne serve de prétexte aux ennemis de la magistrature pour se livrer contre celle-ci à l'avenir aux attaques les plus passionnées et les plus injustes. Déjà on a reconnu la nécessité de la délivrer de la responsabilité des procès de presse. Les mêmes motifs militent pour qu'on ne lui impose pas la responsabilité de l'autorisation préalable. Outre les inconvénients d'instituer une procédure préparatoire qui a sa raison d'être au criminel, mais qui, au civil, ajoutera de nouvelles complications aux incidents soulevés par les questions de compétence, outre l'impossibilité où se trouvera souvent la chambre du conseil de statuer sur des éléments assez sérieux pour déterminer sa conviction, le péril me paraît être surtout dans le secret de cette procédure. Le secret pour la procédure criminelle est justifié par un intérêt de protection sociale, qui veut que le magistrat chargé de rechercher et de réunir les preuves d'un crime ne se heurte à aucun obstacle et ne voie pas les mesures les plus sages déjouées par les manœuvres des complices de l'inculpé. Mais devant les juridictions où s'agitent les intérêts civils, le secret de l'instruction est proscrit et nous ne sommes pas en un temps où l'on puisse songer à le rétablir.

Digitized by Google

Objectera-t-on que l'examen de la requête en prise à partie a lieu devant les Cours d'appel en chambre du conseil? Je répondrai que, par une étrange anomalie, il y est procédé publiquement devant la Cour de cassation. Cette différence provient uniquement, suivant toute probabilité, de ce que le législateur de 1806 ne s'est pas suffisamment expliqué, car c'est en se fondant sur un argument *à contrario*, tiré de ces expressions de l'article 515, *la prise à partie sera portée à l'audience sur un simple acte*, qu'on a établi la compétence de la chambre du conseil. Peut-être aussi, le législateur n'a-t-il pas remarqué que la loi organique de la Cour de cassation avait ordonné que les requêtes en prise à partie seraient jugées comme les autres [1].

Sans contester la doctrine des arrêts qui repoussent la prétention des demandeurs de faire prononcer sur la demande d'autorisation en audience publique [2], il est permis de faire ressortir l'avantage qu'il y aurait à supprimer une contradiction choquante dans le fonctionnement de juridictions qui appliquent la même loi d'une façon toute différente.

A cela près que la Cour de cassation connaît de la prise à partie contre les Cours d'assises, les Cours d'appel ou l'une de leurs sections, tandis que la Cour d'appel connaît de la prise à partie contre les juges de paix, les tribunaux de commerce ou de première instance, ou contre un membre de ces juridictions, de celle de la Cour d'assises ou de sa propre juridiction, les mêmes principes doivent présider à l'appréciation de la requête. On peut justifier le huis clos devant les Cours d'appel par des arguments de texte plus ou moins sérieux, mais non par des considérations tirées de l'ordre moral, sans se butter aussitôt aux errements de la Cour de cassation. Il n'y a qu'un seul mot à répondre à la Cour de Paris lorsqu'elle nous dit : que la requête à fin de prise à partie et la décision dont elle doit être suivie, constituent des mesures préalables qui ne peuvent avoir leur raison d'être et leur utilité qu'à la condition de n'être pas publiques; qu'elles seraient complétement surabondantes et formeraient un inexplicable double emploi, si elles devaient se

[1] L. des 27 septembre-1er décembre 1789, art. 2, 7, 8.
[2] Paris, 15 février 1862 et ch. civ., 16 décembre 1862, D. P., 63, 1, 235.

Digitized by Google

produire dans les mêmes conditions de publicité et de solennité que le jugement définitif; qu'il a été dans la pensée du législateur de faire de ces mesures la première et la plus essentielle des garanties pour le magistrat, et par conséquent d'interdire une publicité qui leur enlèverait ce caractère; qu'on ne voit pas la différence qui se trouverait entre la première et la seconde discussion, si l'une et l'autre étaient publiques; — que toute prise à partie porte avec elle des inculpations dont le résultat nécessaire est de mettre en suspicion l'intégrité du juge, son impartialité et sa bonne foi; que le législateur n'a donc pas dû admettre que des imputations de cette nature pourraient se produire librement et alors même qu'elles seraient purement gratuites, etc., etc.[1]. Il suffit de répondre que les choses se passent ainsi devant la Cour de cassation. Or, de même que ceux qui veulent faire précéder toute poursuite contre les agents du gouvernement de l'examen de la légalité de l'acte fonctionnel par le Conseil d'État, vantent avec raison la garantie qui résulte désormais, pour les citoyens lésés, de la publicité des débats devant cette juridiction, de même nous proclamons la nécessité de la leur assurer dans la prise à partie. Qu'importe que des imputations calomnieuses soient dirigées contre les membres d'une juridiction, pourvu qu'il soit publiquement constaté que ces accusations sont dictées par la mauvaise foi du plaideur?

L'essentiel, c'est qu'on ne puisse pas suspecter les juridictions qui accordent ou refusent l'autorisation préalable d'avoir obéi à un sentiment de partialité, amitié ou inimitié. Ces juridictions pouvaient être à l'abri du soupçon à une époque où l'on ne voyait pas une action en prise à partie tous les dix ans. Mais si l'on généralise la garantie, si on l'applique à tous les fonctionnaires, la magistrature n'échappera ni aux soupçons ni aux accusations véhémentes. Nous répudions pour elle ce péril inévitable. Or dès qu'il est démontré que le secret de cette procédure préparatoire répugne à nos mœurs, à nos idées, à notre extrême susceptibilité, nous nous emparons de l'argumentation de la Cour de Paris, nous disons avec elle que l'autorisation préalable de l'action civile est complétement inutile et nous proposons de la supprimer.

[1] D. P., 1863, 1, 235.

Digitized by Google

85. Faut-il réaliser la promesse faite par le décret d'édicter des peines civiles contre les particuliers qui auraient dirigé des poursuites téméraires contre des fonctionnaires? Les publicistes et les jurisconsultes qui ont écrit sur les réformes à apporter à la garantie constitutionnelle sont fort divisés sur ce point. Nous sommes d'avis que les dispositions de lois du droit commun suffisent pour désintéresser amplement le fonctionnaire, qu'il ait été actionné devant le tribunal civil ou dénoncé par une plainte au criminel. On va voir en effet que toutes les hypothèses sont prévues.

La juridiction civile, lorsqu'elle rejettera l'action en responsabilité, pourra accorder au défendeur, outre les dépens, des dommages-intérêts à raison du caractère vexatoire de la demande. Elle pourra de plus, en vertu des dispositions de l'article 1036 du Code de procédure civile, ordonner la suppression des écrits calomnieux ou diffamatoires ainsi que l'impression et l'affiche de sa décision.

Si le plaignant a saisi le tribunal de police, le fonctionnaire acquitté pourra obtenir immédiatement des dommages intérêts devant cette juridiction (art. 159 C. inst. crim.).

Si une plainte a été déposée pour saisir le juge d'instruction et qu'une ordonnance de non-lieu intervienne, le fonctionnaire dénoncé pourra porter sa demande devant les tribunaux civil.

La partie civile a t-elle formé opposition à l'ordonnance de non-lieu et la chambre d'accusation a-t-elle confirmé l'ordonnance, le prévenu pourra aussi se pourvoir devant cette juridiction : par suite d'une attribution exceptionnelle qui lui est faite pour ce cas par l'article 136 du Code d'instruction criminelle. Il a même été soutenu par quelques criminalistes et jugé que d'office ou sur les réquisitions du ministère public la chambre d'accusation peut allouer au prévenu des dommages-intérêts quoiqu'il n'ait produit aucun mémoire pour en faire la demande. Cette solution, inexacte suivant nous, a été combattue par un arrêt remarquablement motivé de la Cour de Bourges[2].

Enfin le fonctionnaire est-il acquitté devant l'un ou l'autre

[1] Cass., 7 décembre 1833 et 11 août 1842.
[2] 9 juin 1870, ch. d'accus., D. P., 71, 2, 58.

Digitized by Google

degré de la juridiction correctionnelle ou devant la Cour d'assises : ces juridictions peuvent lui accorder des dommages-intérêts (191, 212 ,358, 359 et 366 C. inst. crim.), avec cette distinction que s'il ne formait pas sa demande avant l'arrêt de la Cour d'assises, il serait déchu du droit de la porter devant le tribunal civil, tandis qu'il le pourrait encore s'il avait négligé de le faire devant les juridictions correctionnelles. Les criminalistes dénient ce droit aux prévenus acquittés ; mais la Cour de cassation l'a consacré en se fondant sur cette considération que si les articles 358 et 359 attribuent exclusivement aux Cours d'assises le droit de statuer sur les dommages-intérêts, les articles 191 et 212 sont purement facultatifs et n'enlèvent pas aux tribunaux civils la compétence dont ils sont investis en vertu des principes généraux[1].

La commission de l'Assemblée nationale a été d'avis que des amendes spéciales n'ajouteraient rien à la force des lois de droit commun et que l'autorité des fonctionnaires publics serait d'autant plus respectée qu'ils se défendraient uniquement par leur mérite et leur dignité et en invoquant les droits qui sont à la disposition des autres citoyens.

86. M. le conseiller Poitou a pensé qu'il serait utile, pour prévenir les abus, de limiter par une courte prescription le droit de la partie lésée. Sans doute il peut être pénible pour le fonctionnaire de rester pendant de longues années sous la menace d'une poursuite, mais nous ne comprendrions pas pourquoi cette faveur serait accordée aux fonctionnaires. Multiplier les garanties, il ne faut pas se le dissimuler, c'est restreindre la liberté du citoyen qui a souffert. Gardons-nous d'exagérer nos préoccupations pour les agents du pouvoir, sinon nous annihilerons indirectement le droit d'initiative consacré par le décret. Il est tel fonctionnaire, puissant et bien armé, qu'on n'osera pas attaquer, même pour un acte manifestement illégitime, tant qu'il sera au pouvoir ou tant que le régime politique, dont il est l'instrument audacieux, dominera. Il faut laisser au particulier modeste et timoré la faculté qui lui appartient d'attendre le moment propice pour obtenir justice. L'intérêt même qu'a la partie lésée à dénon-

[1] Ch. req., 2 décembre 1861, D. P., 62, 1, 171.

Digitized by Google

cer les actes dont elle se prétend victime, avant que les preuves disparaissent, est une garantie qu'elle ne restera pas dans l'inaction sans y être forcée par quelque sérieuse considération. Le danger le plus à craindre est sa précipitation, c'est par ce défaut que se caractérisent les poursuites téméraires.

Il ne faut pas s'exagérer d'ailleurs les conséquences du décret du 19 septembre. Les poursuites exercées par les citoyens depuis la date de la promulgation ont été peu nombreuses. Par avance on aurait pu trouver à cet égard une indication dans l'usage fait, durant quelques années, de la liberté conférée aux citoyens et à l'autorité judiciaire par la loi électorale du 15 mars 1849 de poursuivre sans autorisation les fonctionnaires coupables de fraudes électorales. Il ne paraît pas que de 1849 à 1852 il y ait eu de nombreux procès pour des délits de cette nature. Il en sera ainsi à l'avenir en toute matière, et l'on peut affirmer que les agents de l'administration française, à tous les degrés, exécuteront leur mandat avec un soin d'autant plus scrupuleux qu'ils se sauront menacés par une responsabilité effective.

III

87. On a déjà pressenti que nous désirerions quelques modifications à la procédure de prise à partie.

Un premier point d'abord est hors de doute, c'est qu'il faut effacer l'effet abrogatif résultant du décret en ce qui touche l'article 505. Permettre à tout plaideur mécontent de faire un procès a son juge sous prétexte d'une faute ou d'une négligence, alors qu'il n'y a à lui reprocher ni dol ni fraude, serait nous ramener au régime féodal suivant l'expression de l'orateur du gouvernement au Corps législatif. Pour que les juges soient responsables de leurs jugements, c'est-a-dire des erreurs provenant de leur ignorance de la loi, ainsi que l'a demandé M. le conseiller Poitou[1], il faut les rendre aussi responsables de l'application défectueuse de la loi, car les uns prétendront que celle-ci est claire tandis que les autres la trouveront obscure. En d'autres termes, il faut déclarer qu'ils doivent être infaillibles. Quelle sera alors l'autorité capable d'appré-

[1] *La Liberté civile*, p. 137.

Digitized by Google

cier la faute? Ne voit-on pas les Cours se diviser sur des multitudes de questions et la Cour de cassation se contredire elle-même à quelques années d'intervalle? Il n'est pas un magistrat qui voulût accepter des fonctions périlleuses, s'il pouvait être recherché pour un tort qui ne résulterait pas de son dol.

Veut-on s'arrêter à la *faute grossière*[1] : la difficulté sera aussi insurmontable, il suffit pour s'en convaincre de parcourir par le souvenir les volumes amoncelés sur la théorie de la faute légère et de la faute lourde.

Dans toutes les institutions humaines il faut compter avec les faiblesses des hommes. Les meilleurs esprits ont des moments d'oubli. Tel magistrat expérimenté, savant, habile, commettra une nullité préjudiciable, tel président de juridiction correctionnelle ou criminelle oubliera, sous l'empire des préocupations que lui donne la solution du fond du procès, des dispositions de loi dont quelques jours auparavant il a fait l'application. Ces fautes sont presque inévitables. C'est pour les réparer que le législateur a établi la hiérarchie des juridictions.

88. Ce qu'il faut, c'est apporter la plus grande sévérité dans le recrutement de la magistrature et activer la surveillance des procureurs généraux et des premiers présidents sur les juridictions du premier degré. S'il est vrai que les fautes et les négligences les plus graves des magistrats sont révélées par l'infirmation de leurs jugements, il conviendrait, semble-t-il, de les en avertir. Ainsi, lorsque la Cour suprême casse un arrêt de justice, la loi veut que sa décision soit transcrite sur les registres de la juridiction dont cet arrêt émane, afin que cette transcription permanente soit pour les juges un avertissement salutaire et les préserve de nouvelles violations de la loi. Pourquoi n'en serait-il pas de même pour les arrêts de Cours d'appel qui annulent les jugements de première instance pour fausse application de la loi? La plupart des juges ignorent le sort réservé à leurs décisions. L'avertissement résultant de la transcription de l'arrêt les mettrait en garde contre des négligences que nulle autorité ne leur signale.

[1] *La Liberté civile*, p. 137.

Digitized by Google

89. L'institution des *mercuriales* a pour but de prévenir le retour des fautes et des abus ; mais pratiquée comme elle l'est, elle manque absolument d'efficacité. La mercuriale n'est plus aujourd'hui qu'une doublure de la statistique ; elle embrasse les résultats généraux, signale l'activité ou la lenteur d'une juridiction, la moyenne des infirmations dont ses décisions ont été frappées, mais elle laisse dans l'ombre les détails, c'est-à-dire les actes préjudiciables aux plaideurs ou aux prévenus. Pour que la mercuriale produisît de sérieux, résultats, il faudrait qu'elle existât à l'état permanent. On pourrait établir dans les Cours d'appel *une commission* de *censure* à laquelle seraient soumises toutes les fautes commises par les magistrats dans l'exercice de leur ministère. Cette commission serait composée du premier président, de tous les présidents de chambre, du doyen et du plus ancien conseiller siégeant dans les autres chambres que la première, du procureur général, de ses avocats généraux et de ses substituts. Elle se réunirait tous les quinze jours, et chacun de ses membres signalerait à la commission les irrégularités remarquées par lui dans l'examen qu'il a fait des procédures criminelles ou correctionnelles et des jugements soumis à la Cour. Le service civil et le service criminel des tribunaux de première instance serait ainsi l'objet d'une surveillance actuelle et partant utile. Le premier président et les présidents de chambre dénonceraient les fautes grossières qui auraient trouvé place dans les jugements civils ou correctionnels, le président de la chambre des mises en accusation, celui de la chambre des appels de police correctionnelle et les membres du parquet, les lacunes ou les infractions à la loi qu'ils auraient constatées dans les procédures criminelles. Des feuilles d'observations seraient rédigées par la commission et transmises par les soins du procureur général ou du premier président aux magistrats auxquels elles seraient adressées. La répartition de la responsabilité entre tous les membres de la commission, le secret dont ses délibérations seraient entourées feraient de celle-ci un pouvoir disciplinaire moral dont l'influence est incalculable. Il répugne aux magistrats de signaler les irrégularités commises par leurs collègues. D'ailleurs les plus zélés se lassent d'un contrôle minutieux et auquel ne préside pas l'entente de tous, de sorte que les chefs

Digitized by Google

de service sont laissés dans l'ignorance de négligences qu'il serait facile d'éviter à l'aide d'une surveillance mieux organisée. Une commission peut seule avoir l'initiative et la persévérance nécessaires pour une mission qui exige une rigoureuse fermeté unie à une extrême délicatesse. Une circulaire de M. le garde des sceaux suffirait pour organiser cette commission et assurer son fonctionnement régulier.

90. En ce qui touche l'autorisation nécessaire pour prendre un juge à partie, aux termes de l'article 510 du Code de procédure civile, nous pensons qu'on peut sans inconvénient maintenir l'abrogation prononcée par le décret, ou édicter cette abrogation si l'on croit qu'elle ne résulte pas de cet acte législatif. Peut-être serions-nous d'un sentiment contraire, si la jurisprudence n'avait étendu cette procédure à d'autres catégories de fonctionnaires qu'aux *juges* et aux *officiers du ministère public*, lesquels sont désignés nominativement par la loi comme pouvant être poursuivis par cette voie (art. 212 et 281 C. inst. crim.); mais déclarer que les maires et les gardes champêtres, comme officiers de police judiciaire, auxiliaires du ministère public, ont droit aux immunités de la prise à partie, parce qu'ils sont exposés aux récriminations et aux poursuites vexatoires, c'est faire une interprétation inexacte d'une loi qui n'a compris dans ses prévisions que les magistrats. Or, il nous paraît fâcheux de multiplier les priviléges en dehors des dispositions expresses de la loi. Qu'on lise l'exposé des motifs et le rapport présentés au Corps législatif sur la prise à partie, et l'on reconnaîtra que le législateur a voulu limiter la garantie exceptionnelle de cette voie de recours aux actes des magistrats. « Si dans le Code, y est-il dit, on avait pu se décider par les sentiments de respect qu'inspirent en France, plus que dans toute autre partie de l'Europe, l'impartialité, l'exactitude et l'extrême délicatesse *des magistrats*, on n'y aurait même pas prévu qu'il pût s'en trouver dans le cas d'être pris à partie; mais ne suffit-il pas que des exemples, quelque rares qu'ils soient, puissent se présenter, pour que la *magistrature* entière doive désirer qu'il y ait une loi sévère, sous l'égide de laquelle les parties lésées obtiendront des dommages-intérêts ou feront même, suivant les circonstances, prononcer des peines plus graves. » Dans toute la suite des discours, il n'est question que

Digitized by Google

des magistrats, et de fait le Code de procédure ne désigne comme pouvant être pris à partie que les juges de paix, les juges de commerce, des tribunaux civils et des Cours; enfin, le Code d'instruction criminelle n'ajoute à cette nomenclature que les officiers des parquets et le juge d'instruction.

Si l'on veut procéder par voie d'extension, il n'y aura plus de limites. Pourquoi, en effet, ne protégerait-on pas la justice administrative, la justice militaire, voire même les arbitres volontaires? Pourquoi surtout n'assimilerait-on pas aux gardes champêtres et aux gardes forestiers tous les agents qui, comme eux, sont investis de fonctions judiciaires par la loi générale (art. 9 C. d'inst. crim.), tels sont les commissaires de police et les officiers de gendarmerie, ou par des lois spéciales? Est-ce que les ingénieurs des ponts et chaussées et des mines, les conducteurs, les piqueurs, les gardes-mines, les cantonniers, les gardes d'écluse et de halage, les agents de surveillance des chemins de fer, les employés des contributions indirectes et des octrois, les proposés des douanes, les vérificateurs des poids et mesures, les employés des postes, les receveurs de l'enregistrement, les sous-officiers et les gendarmes, etc., etc., n'ont pas le droit de rechercher et constater des délits ou des contraventions? Quelques-uns d'entre eux n'ont-ils pas reçu de la loi des pouvoirs plus étendus que les gardes champêtres? Ne sont-ils pas exposés, comme tous les agents auxiliaires du pouvoir judiciaire, aux représailles des citoyens? Pourquoi, dès lors, ne leur accorderait-on pas les mêmes immunités qu'aux magistrats? Et pour pousser ce raisonnement jusqu'à l'extrême, si le privilége de la prise à partie est fondé, non sur la garantie morale que présente le caractère du magistrat généralement préservé contre les entraînements politiques par son indépendance et son culte pour la loi, mais sur la nécessité de protéger tous ceux auxquels il est délégué une part quelconque de l'autorité publique dans l'intérêt de l'œuvre de la justice, pourquoi ne couvre-t-on pas de la même faveur tous les agents de la force publique qui prêtent leur concours à l'exécution des lois, et même aux simples citoyens requis de prêter main-forte à la justice dans les cas de brigandage, pillage, flagrant délit? Tous mé-

Digitized by Google

ritent au même degré que les gardes champêtres la sollicitude du législateur. Que l'on supprime donc l'autorisation préalable et que l'on se borne, ainsi que le propose M. Glasson[1], à élever le chiffre de l'amende ou bien que l'on restreigne le privilége aux magistrats.

Mais si l'on maintient cette entrave, il faut tout au moins laisser aux juges chargés de prononcer sur la demande la faculté de ne pas condamner le plaignant à l'amende. Il est telles circonstances de fait dans lesquelles la victime d'une faute reprochée à un magistrat sera excusable d'avoir cru à la mauvaise foi de celui-ci et où la condamnation aux dépens sera une suffisante répression de la témérité de son interprétation.

La distance qui sépare la faute grossière du dol et de la fraude, est parfois d'une appréciation si délicate que menacer la partie lésée d'une amende, si elle ne prouve pas l'intention malicieuse, c'est lui interdire, dans tous les cas, le droit de soumettre ses griefs à l'autorité supérieure. Il appartiendra aux juges de discerner si le plaignant avait de légitimes motifs de suspecter la conscience du magistrat ou de l'agent incriminé. En semblable matière, les théories absolues ressemblent trop à un déni de justice, pour ne pas les atténuer par les tempéraments qu'indique l'expérience.

91. L'autorisation maintenue, le législateur examinera s'il ne faut pas soumettre la procédure de la prise à partie aux mêmes règles devant la Cour de cassation et devant la Cour d'appel. Le principe de la publicité devrait, suivant nous, triompher devant toutes les juridictions. La dignité de la magistrature y gagnerait au lieu d'y perdre, car il serait constaté à la face de tous que si les magistrats peuvent se tromper, ils sont incapables de prévariquer.

91 *bis*. Il y a quelques années, il y avait, entre les errements de la Cour suprême et ceux de la Cour d'appel, une autre différence essentielle. Tandis que devant la première le demandeur était représenté par un avocat[2], devant les Cours d'appel il n'avait que le droit de remettre des pièces justificatives à l'appui de sa requête[3]. En 1862, la Cour de Paris

[1] P. 388.

[2] Cass., 6 juillet 1858, D. P., 58, 1, 281.

[3] Paris, 30 janvier 1836. Dalloz, *Rép.*, v° PRISE A PARTIE, n° 55.

Digitized by Google

est revenue sur cette jurisprudence et a admis la partie demanderesse à se faire représenter, en chambre du conseil, par un défenseur[1]. Cette faculté devrait au moins être inscrite dans la loi.

§ 2.

92. Il serait dangereux de maintenir l'abrogation prononcée par le décret des garanties résultant des articles 479 et suivants du Code d'instruction criminelle et de la loi du 20 avril 1810. Mais, comme l'a très-bien fait remarquer M. le conseiller Poitou, on peut critiquer la disposition qui rend le procureur général ou le ministre seul appréciateur et seul maître de la poursuite. Pourquoi, dit-il, ne pas donner dans tous les cas cette mission, soit à la Cour d'appel, soit à la Cour de cassation[2]? Cette modification s'impose bien plus aujourd'hui qu'à l'époque où la réclamait l'honorable magistrat; puisqu'on est entré dans la voie de la suppression des priviléges injustifiables, il faut aussi apporter à ceux dont le maintien paraît nécessaire à l'ordre public, les restrictions dont ils sont susceptibles. En transférant le droit d'autorisation des poursuites à la Cour d'appel ou à la Cour de cassation, on augmentera les garanties morales dont on veut entourer les magistrats et les grands dignitaires. On préviendra aussi les soupçons qui pourraient s'élever contre l'impartialité du ministre et du procureur général, fonctionnaire politique et révocable, dont la puissance, si elle était mal employée, serait redoutable, parce qu'elle couvrirait de l'impunité ceux-là même qui sont chargés de faire exécuter les lois, qui disposent de la vie, de l'honneur, de la liberté et des biens de leurs concitoyens, et qui même, en dehors de leur ministère social, doivent donner l'exemple de l'honneur et du respect de la loi.

A ce sujet j'ai un vœu important à formuler. Le décret du 20 avril 1810 a laissé à l'écart diverses catégories de fonctionnaires, parce qu'à cette époque ces derniers étaient justiciables pour leurs délits privés de la haute Cour impériale;

[1] D. P., 63, 1, 235.
[2] *La Liberté civile*, p. 176.

Digitized by Google

tels étaient les ministres, les sénateurs, les conseillers d'État[1]. Le sénatus-consulte du 4 juin 1858 rétablit la même juridiction et lui donna compétence pour statuer sans assistance des hauts jurés, sur les délits commis par les grands dignitaires de l'État. La haute Cour de justice ayant été abolie par un décret du gouvernement de la Défense nationale du 4 novembre 1870, il en résulte cette anomalie dans notre législation que, tandis qu'un magistrat, un préfet, un évêque, etc., sont justiciables de la première chambre de la Cour d'appel, un ministre, un sénateur, un conseiller d'État, sont soumis à la juridiction de droit commun. Il importe de compléter l'énumération des fonctionnaires auxquels est due une juridiction privilégiée. Les arrêts nombreux par lesquels la Cour de cassation a protesté contre l'abolition de la juridiction spéciale de la première chambre de la Cour d'appel, sont pour le législateur une indication du péril où l'on court en sacrifiant de gaieté de cœur le prestige des fonctions publiques. Si rapide que soit le courant qui nous entraîne vers les solutions démocratiques, il ne faudrait pas perdre de vue qu'abaisser la dignité des fonctions dans un pays où l'on accuse le sentiment du respect de la loi de s'être profondément oblitéré, c'est précipiter notre décadence; car c'est donner satisfaction au sentiment d'envie qui pousse à un nivellement destructeur, dans le but d'assurer la domination du nombre et de la force sur toutes les supériorités morales et légales. Que nos législateurs relisent donc le beau rapport par lequel M. le premier président Barthe justifiait l'exception réservée aux plus hauts fonctionnaires de l'État, et l'on reconnaîtra avec l'éminent magistrat que le principe d'égalité n'exige pas le nivellement et l'uniformité; que pour juger les hauts fonctionnaires politiques, il faut des juridictions plus hautes et plus solennelles que pour juger des voleurs et des vagabonds, assez puissantes surtout par le nombre et la situation de leurs membres pour résister à la pression du pouvoir comme aux préjugés et aux passions populaires. Il faut donc au plus tôt compléter le décret du 20 avril 1810 en conférant aux ministres, aux sénateurs, aux conseillers et même aux députés le privilége de n'être jugés que par la première chambre de la Cour d'appel.

[1] Sénatus-consulte du 28 floréal an XII.

Digitized by Google

§ 3.

Quant à l'appel comme d'abus, nous n'avons qu'un seul vœu à exprimer, c'est que le législateur reconnaisse abrogée par le décret du 19 septembre l'autorisation préalable que le Conseil d'État déclarait être nécessaire pour poursuivre, par action civile ou par action criminelle, les délits et les crimes commis par un ecclésiastique dans l'exercice de ses fonctions, et qu'il ne maintienne la nécessité de cette autorisation que pour les abus proprement dits non punissables d'après les lois pénales. PAUL BERNARD.

DE LA NATURE DU DROIT D'AUTEUR,

CONSIDÉRÉ A UN POINT DE VUE GÉNÉRAL[1].

Par M. André MORILLOT,
Substitut du procureur général près la Cour d'appel de Douai.

Nous voudrions déterminer la nature du droit qu'exerce l'auteur sur son œuvre, que cet auteur soit un écrivain ou un musicien, un peintre ou un sculpteur, un dessinateur, un modeleur industriel ou un inventeur. Nulle question n'a été plus controversée, et n'est encore plus douteuse aujourd'hui. J'ajoute que nulle n'est plus importante en pratique, puisqu'il y a, par exemple, un abîme entre reconnaître à l'auteur un droit de propriété, évidemment primordial et supérieur à toute législation positive, ou lui concéder un monopole temporaire et restreint d'exploitation. C'est entre ces deux termes extrêmes qu'en Allemagne, de même qu'en France, s'est agitée la discussion.

[1] Cette étude inédite est extraite de notre ouvrage, actuellement sous presse, qui traite *De la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels, et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne.* Cet ouvrage paraîtra très-prochainement chez A. Cotillon et Cᵉ. Voir *Revue critique de législation*, numéro de décembre 1872, notre article *sur la personnalité du droit de copie qui appartient à un auteur vivant.* Voir également *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1877, p. 381-400 et 447-455, notre *Étude sur le droit exclusif de reproduction qui appartient aux artistes dans l'Empire d'Allemagne.*

Digitized by Google

§ 1. Il nous semble d'abord que le droit d'auteur ne saurait être une propriété dans le sens juridique du terme, et cela par une raison bien simple, qu'on s'étonne de voir contester ou passer sous silence par d'éminents jurisconsultes.

Le droit de propriété, n'étant que la relation d'une personne à une chose, suppose nécessairement une personne, qui en soit le sujet, et une chose matérielle, qui en soit l'objet. Or, en matière d'œuvres intellectuelles, l'objet fait absolument défaut.

Il faut en effet distinguer l'œuvre du manuscrit, du tableau, du dessin ou de la machine qui en est le signe. Ce serait une erreur grossière que de la confondre avec sa représentation sensible. L'œuvre est purement intellectuelle, comme l'opération qui la produit. Elle s'élabore lentement dans le cerveau de son auteur, jusqu'au moment où elle est enfin conçue par ce dernier sous des traits qui lui donnent une intensité de vie et une force de vérité supérieures à celles que possède la réalité même. Dès lors, bien que non encore sensible aux regards du public, elle est complète. Elle peut rester indéfiniment telle sans cesser d'exister, sans rien perdre de sa réalité ni de sa vie. Je dis plus : alors même que l'auteur, cédant à un besoin naturel d'expression, travaille à la rendre sensible aux yeux du public, elle ne gagne rien, elle ne peut que perdre à être exprimée. L'auteur qui veut traduire son idée ne trouvera jamais une forme qui soit digne d'elle ; la pensée restera toujours supérieure à son expression. Plus haute sera la conception, et plus grand sera cet écart qui la séparera de sa représentation matérielle. C'est une vérité vulgaire, proclamée par le plus grand des poëtes latins, que l'artiste, même de génie, ne peut jamais donner à son œuvre la forme admirable que son intelligence a rêvée pour elle. La matière, qui est le signe de l'œuvre, ne saurait jamais être adéquate à l'idée, qui seule constitue cette œuvre; ce sont là deux éléments réfractaires et inconciliables. Alors même qu'elle paraît le plus intime, leur union est imparfaite et factice; l'analyse esthétique discerne toujours l'idée, côtoyant et caressant la matière, dont elle se détache comme de serviles entraves, et qu'elle domine superbement. S'il en est ainsi, l'œuvre est en elle-même insaisissable et inexpressible,

Digitized by Google

et elle ne saurait exister en dehors de l'intelligence qui l'a conçue, qui seule peut la contempler par une opération tout intellectuelle, sous les traits qu'elle a su lui faire revêtir. L'opération qui la crée est purement spirituelle. Celle qui a pour but et pour effet de la rendre sensible, n'est créatrice qu'au deuxième degré ; elle est nécessairement postérieure à la première, sans laquelle elle serait impossible ; elle en dépend absolument, et, rigoureusement, n'y ajoute rien. Certes cette seconde opération, qui s'applique à la matière et s'efforce de l'assouplir à la ressemblance de l'idée, est aussi pour partie une opération spirituelle ; mais elle n'est pas créatrice, au sens absolu du terme ; c'est une œuvre subalterne et accessoire de traduction, toujours imparfaite, susceptible de plus ou de moins, et qui, lorsqu'elle est plusieurs fois répétée par son auteur, peut intervenir sous plusieurs formes différentes, dont aucune n'est absolument identique aux autres.

Que résulte-t-il de ce caractère éminemment immatériel de l'œuvre, et de cette distinction essentielle entre la matière et l'idée ? C'est que l'auteur ne saurait avoir la propriété juridique de son œuvre.

1. Cela est tout à fait évident, tant que l'œuvre reste absolument ce qu'elle est par essence, une idée pure, absolument immatérielle et invisible, enfermée dans l'intelligence de l'auteur. Être propriétaire d'une idée, ce serait être à la fois personne et chose, sujet et objet d'un même droit, titulaire d'un rapport juridique, dont les deux termes seraient une même personne, en un mot, être propriétaire de soi-même, ce qui est impossible juridiquement. La première opération, purement intellectuelle, qui aboutit à la création de l'idée, ne saurait donc fonder un droit de propriété juridique au profit de l'auteur.

2. Il n'est pas moins incontestable que ce dernier ne saurait être, en droit, propriétaire de son œuvre, quand celle-ci est exprimée. Cette seconde opération pour partie matérielle, qui aboutit à l'expression de l'idée, fonde bien un droit de propriété juridique au profit de l'auteur. Mais cette propriété n'a pas l'œuvre pour objet ; elle s'applique exclusivement à sa représentation matérielle. En pareil cas, l'auteur est bien propriétaire de son manuscrit, de son tableau ou de sa machine, puisque chacune de ces choses résulte d'un travail de

Digitized by Google

spécification qui lui est propre, et constitue l'objet matériel, essentiel à l'institution du droit réel. Mais cet objet matériel n'est pas l'œuvre, il n'en est que le signe. Quant à l'œuvre, elle reste ce qu'elle était avant d'être rendue sensible, c'est-à-dire une idée essentiellement immatérielle, qui, toujours distincte de la matière qui la réalise, continue à faire partie intégrante de l'intelligence qui l'a conçue. Cette idée ne peut donc servir d'assiette à un droit de propriété, puisque le droit ne reconnaît que des personnes, des choses matérielles et des rapports, soit entre deux personnes différentes, soit entre une personne et une chose.

Telle est la grande raison pour laquelle le droit d'auteur ne saurait être qualifié de propriété ; c'est à cet argument que se ramènent presque tous les autres.

II. C'est ainsi que l'objet du droit d'auteur, l'œuvre, en un mot, présente deux caractères indélébiles, qui ne sont que deux conséquences de la nature immatérielle de l'œuvre, et qui font que celle-ci répugne absolument à l'idée de propriété. Ces deux caractères sont d'être inappropriable, et de n'avoir pas de situation déterminée.

1. C'est une vérité vulgaire que l'œuvre n'est pas susceptible d'appropriation.

A. Certes, tant que l'idée reste invisible pour tout autre que son auteur, elle est susceptible d'une jouissance intime et exclusive. Elle fait plus que lui appartenir par un droit de propriété juridique; elle est lui-même, elle se confond avec les battements de son cœur et les mouvements mystérieux de sa pensée; mais elle n'est pas sa propriété juridique, c'est-à-dire un objet matériel, distinct de lui-même et susceptible d'appropriation.

B. Cette impossibilité d'approprier l'œuvre éclate d'ailleurs avec une invincible évidence, dans le seul cas où il soit intéressant de la constater, c'est-à-dire quand l'idée est rendue sensible aux regards par une représentation matérielle. Dès ce moment expire la souveraineté de fait qu'exerçait l'auteur sur sa conception invisible pour tout autre que pour lui. Dès ce moment le public est nanti de quelque chose qu'il n'est plus au pouvoir de personne de lui retirer. Dès ce jour je puis lire le manuscrit ou le livre, regarder le tableau ou la statue, m'enivrer de cette lecture ou de cette contemplation, chanter ou jouer l'opéra ou la symphonie,

Digitized by Google

surprendre le secret de la machine, en un mot fixer dans ma mémoire d'une manière indélébile les traits sous lesquels est représentée l'œuvre, la reproduire sous une forme identique ou quelque peu différente dans ma pensée, dans mes conversations, pour mon usage personnel, ou pour celui de mes amis. Qu'on le remarque, il n'est au pouvoir d'aucune législation de m'empêcher, la publication une fois intervenue, de tirer ces jouissances multiples de l'œuvre, d'en opérer pour ainsi dire la transfusion dans mon esprit, d'en faire en quelque façon pour moi ce qu'elle était pour l'auteur avant la publication, c'est-à-dire partie intégrante de moi-même. Jamais, dans leurs désirs les plus audacieux, les auteurs n'ont prétendu interdire au public de tirer de leur œuvre cette jouissance si étendue, et cela par deux raisons : parce que d'abord cette idée, si elle venait à l'esprit, serait absolument chimérique et irréalisable, et ensuite parce qu'une telle prétention irait directement contre le but que se propose l'auteur en publiant son œuvre, contre ses intentions les plus chères, qui sont de la voir goûtée, appréciée, assimilée de toutes manières et sous toutes formes possibles par le public, d'associer celui-ci à la connaissance de l'œuvre, de le prendre à la fois pour confident, pour élève et pour juge; c'est surtout en cette matière que, par la force des choses, s'applique la maxime : *donner et retenir ne vaut.*

Qu'est-ce à dire, sinon que l'œuvre n'est pas, du moins dès qu'elle est exprimée ou publiée, susceptible de jouissance exclusive et absolue, la faculté de cette jouissance naissant invinciblement au profit du public par le fait de l'expression, et en tous cas par celui de la publication? Il est à peine besoin de remarquer que ce caractère est absolument contraire à celui que doit présenter tout objet susceptible de propriété. D'après l'article 544 du Code civil, qui ne fait qu'exprimer une vérité vulgaire, la propriété est le droit de disposer des choses de la manière la plus absolue. Par exemple le propriétaire d'un champ peut se réserver pour lui seul toute la somme de jouissance que ce champ est susceptible de procurer, le cultiver, le planter, en récolter les fruits, le bâtir, le clore, empêcher en un mot les tiers d'en retirer aucune sorte d'usage. Ce caractère est essentiel à tout objet susceptible de propriété. Or il fait absolument défaut à l'objet du droit d'auteur, qui, une fois publié, ne

Digitized by Google

saurait comporter cet usage exclusif. Un certain droit privatif sur l'œuvre est, il est vrai, reconnu à l'auteur par la législation. Mais nous savons en quoi il consiste, nous savons que ce n'est pas un droit de jouissance exclusive absolue, mais un droit de jouissance exclusive tout à fait partielle, qui n'embrasse qu'une somme très-minime de l'utilité qui peut être retirée de la chose, laissant en dehors de la prohibition tous les usages dont on ne peut songer à priver le public. Que conclure de là, sinon que l'œuvre intellectuelle, en d'autres termes que l'idée n'est pas, et ne peut pas être susceptible de jouissance exclusive absolue, et par conséquent de propriété?

2. Une autre conséquence découle encore du caractère immatériel de l'œuvre, et démontre surabondamment qu'elle ne saurait être susceptible de propriété : c'est que l'œuvre, étant intangible, impalpable, n'a pas de situation. L'existence matérielle lui faisant défaut, alors même qu'elle arrive à se réaliser dans une chose qui la rend sensible aux yeux, elle conserve toujours sa nature de pure pensée, insaisissable et impossible à circonscrire dans l'espace. Une pensée n'est nulle part et elle est partout. Cela est rigoureusement vrai de l'œuvre intellectuelle. Certes l'objet matériel qui la rend sensible aux yeux a lui-même cette situation dans l'espace, indispensable pour que la propriété puisse se constituer. Mais, comme nous l'avons déjà dit, cet objet n'est pas l'œuvre, et ce qui est vrai de lui ne l'est pas de celle-ci. C'est par une ingénieuse et subtile fiction de la loi positive que l'on arrive à donner une nationalité à une œuvre qui n'en comporte pas dans son essence. Ce n'est pas sans d'extrêmes difficultés ni sans de nombreux tâtonnements que la loi est arrivée, qu'on nous pardonne le mot, à *nationaliser* l'œuvre, s'attachant tantôt à la nationalité de l'auteur, pour en déduire celle de l'œuvre, tantôt au lieu de publication de l'œuvre, pour appliquer à celle-ci la nationalité du pays où elle paraît. Ces deux systèmes de l'*indigénat* et de la *territorialité*, qui reposent sur des principes diamétralement opposés, sont des créations arbitraires du droit positif, ayant pour but de fixer dans l'espace une œuvre qui est de sa nature ubiquiste, et d'imposer une nationalité à une idée qui n'en comporte pas. On peut dès à présent prévoir le moment où ces fictions législatives auront fait leur temps, et dispa-

Digitized by Google

raîtront pour faire place à une conception juridique plus conforme à la nature du droit d'auteur. Par nature, ce droit s'exerce en tous lieux. Tandis que le droit réel et le droit d'obligation ne peuvent être exercés que là où se trouve soit la chose, soit le débiteur, le droit d'auteur est partout susceptible d'un exercice utile, puisqu'il est susceptible d'être partout violé. L'objet du droit n'ayant pas de situation, le droit ne saurait en avoir davantage, et c'est par un véritable effort qu'on arrive à lui donner la nationalité du sujet, ou une nationalité plus arbitraire encore, celle du pays où paraît l'œuvre. Ce caractère évident de l'œuvre, qui est une seconde conséquence de sa nature immatérielle, démontre surabondamment qu'elle n'est pas susceptible de propriété. C'est un principe élémentaire que ce droit ne saurait s'instituer sans une assiette fixe et tangible, nettement circonscrite dans l'espace, et cette assiette fait ici défaut.

III. Outre ces deux caractères qui résultent directement de la nature immatérielle de l'objet du droit, il en est deux autres, plus secondaires il est vrai, mais néanmoins tout à fait frappants, qui résultent du mode selon lequel s'exerce dans presque toutes les législations le droit d'auteur, et qui démontrent qu'il ne saurait non plus être ici question de propriété. Ces deux caractères plus contingents, je le reconnais, mais dont chacun proclame la nécessité, sont que le droit est temporaire, et qu'alors même que, par hypothèse, on le considérerait comme perpétuel, il ne serait néanmoins pas susceptible d'exercice constant et soutenu, toujours identique à lui-même.

1. C'est encore une banalité de dire que la propriété est perpétuelle, qu'elle ne meurt ni ne saurait mourir, en cela supérieure à la personne qui en est investie. Elle se transmet indéfiniment de l'un à l'autre, immuable, identique à elle-même, et défie l'effort du temps. C'est là une conception, non pas arbitraire, mais universelle et séculaire du droit.

On sait qu'il n'en est pas ainsi du droit de l'écrivain, de l'artiste ou de l'inventeur. Sans parler de son origine toute récente, si on la compare à celle de la propriété, presque aussi ancienne que l'humanité même, chacun sait que, dans toutes les législations, à une seule exception près, ce droit est temporaire, et s'éteint à l'expiration d'un délai variable. C'est là évidemment un caractère qui répugne énergiquement à celui de la propriété.

Digitized by Google

A. Mais, disent les partisans de la perpétuité, il y a ici une véritable pétition de principe. Il s'agit de savoir si le droit d'auteur constitue ou non une propriété, et pour démontrer la négative, on argumente de la non-perpétuité. C'est là un raisonnement vicieux. Cette perpétuité, qui n'existe pas aujourd'hui, existera demain. Deux fois déjà elle a failli, en France, être reconnue par la législation. La commission instituée par l'empereur en 1861 pour préparer un projet de loi sur le droit d'auteur, avait admis une propriété littéraire et artistique perpétuelle, se transformant au bout de cinquante ans en un droit à une simple redevance. Cinq ans plus tard, la commission législative chargée d'examiner le projet qui est devenu la loi du 11 juillet 1866, s'est prononcée à la majorité de cinq voix contre quatre pour le système de la perpétuité, qui a failli triompher devant le Corps législatif. Si donc ce système n'a pas pour lui le présent, il a certainement pour lui l'avenir. C'est parce que la législation n'a pas atteint sur ce point sa formation définitive, qu'elle n'a pas encore consacré ce principe. Mais toutes les lois modernes, manifestement portées à étendre de plus en plus le délai de protection, tendent naturellement vers la perpétuité. S'il en est ainsi, on ne peut argumenter d'un caractère temporaire, fugitif et contingent du droit, pour en déduire la nature du droit lui-même. Demain peut-être, la perpétuité étant reconnue, ses adversaires en devront conclure que le droit auquel elle s'applique constitue une propriété véritable.

B. Si je ne me trompe, cette objection n'est pas concluante.

a. Est-il possible de croire que la perpétuité du droit d'auteur puisse être jamais reconnue par les législations européennes? Nous tenons énergiquement pour la négative. On est bien obligé de reconnaître que cette perpétuité n'existe pas et n'a jamais existé, en sorte que ne trouvant aucun argument ni dans le présent, ni dans le passé, on est réduit à en chercher dans l'avenir. Le droit n'est pas perpétuel, dit-on, mais il tend évidemment à le devenir. C'est là, selon nous, une assertion toute gratuite et que démentent les faits. Je sais bien qu'il y a l'exemple des commissions françaises de 1861 et de 1866; mais cet exemple, unique d'ailleurs, ne fournit pas la démonstration qu'on prétend en tirer. Qu'est-

Digitized by Google

il en somme résulté de cette levée de boucliers des partisans de la perpétuité ? Rien, absolument rien, ou plutôt un démenti véritable infligé à leur doctrine. Si la commission de 1866, adoptant les idées de sa devancière, s'est prononcée, à la majorité de cinq voix contre quatre, pour le principe de la perpétuité, elle n'a pas pu trouver un moyen pratique d'introduire ce système dans la législation, les uns soutenant le système de la perpétuité dans les termes du droit commun, les autres adoptant celui de la propriété avec redevance perpétuelle. De cette division entre les membres de la majorité il est résulté que M. Perras, le rapporteur, a été choisi dans la minorité. Il s'est expressément rangé au système de droit temporaire avec réglementation spéciale, et son rapport contient une réfutation complète du système de la propriété, qui, d'après lui, n'existe ni avant ni après la publication. C'est en cet état que la question est venue devant le Corps législatif, où la théorie du rapporteur a triomphé, malgré tous les efforts de ses adversaires. La doctrine de la propriété dans les termes du droit commun a été repoussée, comme celle de la redevance perpétuelle, et la loi, tout en déclarant qu'elle n'entendait pas trancher la question de principe, l'a cependant résolue très-nettement d'une manière implicite, en évitant, à dessein, d'employer l'expression *propriété littéraire*.

Je suis donc en droit de dire que si, en France, la théorie de la propriété littéraire ou artistique compte encore de nombreux partisans, cette théorie a été, jusqu'à présent du moins, condamnée par la législation. La loi repousse ce système ainsi que l'expression qui y correspond, bien que tous deux subsistent encore dans notre langue et notre littérature juridiques, lesquelles sont ainsi dans une contradiction fâcheuse avec le droit lui-même.

Ce n'est pas seulement la France qui a repoussé le principe de la perpétuité ; c'est aussi l'Allemagne, qui, par ses lois du 11 juin 1870 et des 9 et 11 janvier 1876, a reconnu à l'auteur un droit temporaire pour lequel on a soigneusement évité la dénomination de propriété. C'est encore l'Italie, qui, dans sa loi du 25 juin 1865, a rejeté le système de la perpétuité, même en tant qu'il se restreignait à l'institution d'une redevance perpétuelle, et a refusé d'employer le terme *propriété littéraire*. Ce sont enfin des législations toutes récentes, comme

Digitized by Google

celle de la Norwége, qui, tout en employant une expression consacrée par l'usage, prend soin de dire qu'elle ne doit pas être entendue dans son sens juridique[1].

On ne peut citer qu'une loi, celle du Mexique, qui ait adopté un droit d'auteur perpétuel, en qualifiant de propriété le droit dont il s'agit[2]. Mais c'est là un exemple unique, qui ne saurait prévaloir contre des lois toutes récentes, comme celles de l'Allemagne et de la Norwége, qui, ayant à dénommer le droit d'auteur, ont expressément rejeté le terme de *propriété*, et la théorie qui y correspond.

S'il en est ainsi, que faut-il penser de cette assertion, d'après laquelle toutes les législations tendraient manifestement à instituer la perpétuité ? N'est-ce pas le contraire qui est vrai, et comment d'un fait inexistant, comme la perpétuité, pourrait-on tirer la preuve d'un prétendu principe, comme celui de la propriété?

b. Mais admettons même un instant que nos adversaires soient dans le vrai et que la législation marche en effet vers la perpétuité, attribut essentiel du droit de propriété dont l'œuvre serait l'objet. Aperçoit-on quelles seraient les conséquences de cette réforme? Quand on parle d'œuvres intellectuelles, il ne s'agit pas seulement des écrits et des œuvres d'art, mais aussi de productions plus humbles, bien que de même nature, comme les dessins, les modèles industriels et les inventions. Nous verrons plus loin qu'il peut y avoir entre ces œuvres différence d'importance ou de dignité, mais non pas de nature. Toutes sont au même titre de pures créations intellectuelles, auxquelles sont applicables tous les raisonnements que nous avons faits plus haut. S'il en est ainsi, le

[1] Les lois allemandes sont intitulées : Loi concernant le droit d'auteur sur les écrits, les œuvres d'art, etc... (*Gesetz betreffend das Urheberrecht an Schriften, an Werken der bildenden Künste...*). La loi italienne a un titre analogue : Loi sur les droits qui appartiennent aux auteurs d'œuvres intellectuelles (*Legge su i diritti spettanti agli autori delle opere dell' ingegno*). Enfin, la loi norwégienne du 8 juin 1876 a une rubrique encore plus significative : Loi sur la protection du droit vulgairement nommé propriété littéraire (*Lov om Beskyttelse af den saakaldte Skrifteiendomsret*). Voir la traduction de cette loi par M. Pierre Dareste, *Annuaire de législation comparée*, 1877.

[2] Voir nouveau Code civil de Mexico, articles 1245-1387. M. Manuel Guay a donné la traduction et le commentaire de ces articles dans sa brochure, intitulée : *De la propriété littéraire dans les divers États de l'Amérique latine*, Paris, Duchemin, 1876.

Digitized by Google

traitement qu'on applique aux unes ne saurait différer de celui qu'on applique aux autres, et si le droit du poëte ou de l'artiste est perpétuel, il faut de toute nécessité que celui du dessinateur, du modeleur industriel et de l'inventeur le soit également. Dans le système qui repousse la perpétuité, on conçoit très-bien que la durée de la protection se règle sur le degré d'importance et de dignité qui appartient à l'œuvre et sur les nécessités spéciales du genre de rémunération qui est possible pour chacune d'elles. Cela ne se conçoit plus dans le système de la perpétuité, qui, s'il est exact, doit régir indistinctement toutes les œuvres intellectuelles, la perpétuité n'étant pas, comme son contraire, susceptible de plus ou de moins.

Or, c'est là une conséquence devant laquelle reculent les partisans les plus déterminés de la perpétuité. On voudrait bien déclarer perpétuel ou indéfini le droit de l'écrivain ou de l'artiste; mais on sent tout ce que cette déclaration aurait d'absurde pour l'inventeur, et surtout pour le dessinateur et le modeleur industriel, dont l'œuvre, généralement destinée à satisfaire les besoins capricieux de la mode, ne réclame qu'une protection très-courte. On comprend l'impossibilité qu'il y aurait à venir parler pour le dessinateur et l'inventeur d'un droit perpétuel, que l'un deux au moins ne réclame pas, et qui, accordé à l'autre, apporterait un obstacle infranchissable aux progrès de l'industrie. Aussi n'est-il pas d'efforts qu'on ne fasse pour échapper à ce redoutable argument d'analogie. On allègue notamment, pour justifier la temporanéité du droit de l'inventeur, que ce dernier fait œuvre moins haute, moins personnelle et moins utile que l'artiste, que cependant il réclame de la puissance publique une protection plus énergique, et qu'il est équitable de ne pas prolonger indéfiniment la restriction apportée en sa faveur à la liberté du commerce. Il est à peine besoin de signaler la faiblesse de ces raisons, qui d'ailleurs sont pour partie inapplicables aux dessins et aux modèles, de nature pourtant identique à celle des œuvre d'art et des inventions. Si le droit de l'auteur est une propriété, et si, en cette qualité, ce droit doit être perpétuel, qu'importe que l'œuvre objet du droit soit un peu plus ou un peu moins personnelle à son auteur? L'essentiel est qu'elle ait une personnalité assez accentuée pour mériter le nom d'œuvre, et cette condition suffit pour qu'elle soit susceptible d'un

Digitized by Google

droit exercé sur elle par son auteur. Si donc ce droit est une propriété, comment pourrait-il n'être pas perpétuel? Qu'importe de même que l'œuvre soit plus ou moins utile au public? N'est-il pas évident que toutes les œuvres intellectuelles sont utiles au public, et qu'à ce point de vue, il ne saurait y avoir entre elles qu'une différence de degré? S'il en est ainsi, est-ce au degré d'utilité qu'on mesure la sanction des droits, et si le droit existe, ira-t-on en dépouiller l'inventeur sous le vain prétexte que son œuvre n'est pas aussi utile à la société que celle de l'artiste? Qu'importe de même que la jouissance exclusive de l'inventeur soit plus étendue que celle de l'artiste? Est-ce parce que l'œuvre se prêtera plus aisément à un usage étendu se rapprochant de l'appropriation qu'on la déclarera non susceptible de propriété, quand on proclamera le contraire pour une œuvre qui ne se prête qu'à grand'peine à une exploitation tout à fait restreinte? Qu'importe enfin qu'une protection indéfinie accordée à l'inventeur ait pour effet d'apporter une restriction indéfinie à la liberté du commerce? Ce résultat ne se produirait-il pas si une protection perpétuelle était accordée à l'artiste, et quelle raison y a-t-il de rejeter dans un cas une conséquence qu'on admet dans l'autre? Si l'auteur a droit d'être indéfiniment protégé, comment pourrait-on distinguer à ce point de vue entre les diverses catégories d'auteurs, et au nom de quel principe viendrait-on, au bout d'un certain temps, imposer aux uns une expropriation dont les autres seraient exempts? En vérité ces raisons ne supportent pas l'examen.

Il faut donc se résigner, et accepter ou repousser absolument les conséquences du principe qu'on pose. Il serait vraiment trop commode d'appliquer le système de la perpétuité aux œuvres d'art, et d'en faire bon marché pour les dessins, les modèles et les inventions, en sorte que de principes identiques on déduirait des conséquences contradictoires. Il y a dans le simple énoncé de cette manière de raisonner quelque chose de dérisoire qui suffirait à lui seul pour faire repousser la perpétuité : ce qui est vrai, c'est que ce prétendu principe est aussi peu applicable aux œuvres littéraires ou artistiques qu'aux œuvres industrielles. Voilà ce qu'il faut penser de cette marche progressive, lente mais sûre, vers la perpétuité.

2. Enfin, quand bien même on supposerait un instant que la perpétuité fût possible, dans quelles conditions le serait-

Digitized by Google

elle? Serait-ce la perpétuité dans les termes du droit commun? Il est à peine besoin de dire que non. Cette doctrine extravagante de la propriété intellectuelle, calquée sur la propriété du sol, n'a jamais trouvé et ne trouvera jamais de défenseurs parmi les jurisconsultes. Ceux même qui tiennent pour la perpétuité conviennent que le droit concédé originairement à l'auteur ne saurait, quelque forme qu'il affecte et quelque nom qu'il revête à l'origine, subsister indéfiniment identique à lui-même. Ils admettent sans difficulté que le droit exclusif de l'auteur, décoré pour la circonstance du nom de *propriété*, se transforme au bout d'un certain temps en un droit à une simple redevance. On justifie ce résultat en alléguant que le droit de l'auteur trouve en face de lui dès sa naissance un certain droit social, qu'on est bien embarrassé de qualifier, mais que faute de mieux on décrit en disant que, très-faible d'abord, il prend chaque jour de nouvelles forces, à la différence et au détriment du droit de l'auteur, auquel il finit par devenir égal et supérieur, ou même qu'il anéantit tout à fait. Cette perpétuité bâtarde, que l'on s'efforce de nous représenter comme inoffensive, est la seule dont on réclame l'institution. Or, proposer ce moyen terme, c'est encore avouer très-clairement qu'il ne saurait, dans l'espèce, être question d'une propriété véritable. Où a-t-on vu par exemple que le droit de propriété qui a pour objet un champ, soit soumis à une dégénérescence naturelle et forcée, qu'il s'use et se consume par le seul fait de son existence et de son exercice? Est-ce un droit perpétuel qu'un droit qui ne subsiste qu'en changeant de nature, de force et de nom? Comment une pareille idée pourrait-elle sembler naturelle, s'il s'agissait d'une propriété? Comment ne protesterait-on pas contre cette prétention spoliatrice de la société, ne reconnaissant le droit de propriété de l'auteur que pour le violer de la manière la plus audacieuse? Admettre la nécessité, ou même la possibilité d'une pareille transformation de ce qu'on dit être une propriété, n'est-ce pas reconnaître qu'il ne saurait s'agir ici que d'un droit spécial accordé par la société, qui le mesure et le dispense à son gré, et se réserve pour ainsi dire dans l'acte de concession la faculté de le faire décroître ou même cesser complétement?

Le droit de l'auteur sur son œuvre n'est donc pas une propriété.

Digitized by Google

§ 2. Qu'est-il donc alors? Il est complexe, et l'expression *droit d'auteur* comprend dans son extension deux droits d'importance inégale, et de nature absolument différente. La principale difficulté de cette matière tient à cette dualité du droit lui-même et à cette complexité du terme qui l'exprime. Ainsi s'expliquent les singulières divergences d'opinion que l'on voit se produire sur notre question, les uns ayant en vue un objet différent de celui auquel font allusion les autres. Rien, dans toute la matière du droit d'auteur, n'est plus capital que la distinction qui va suivre, puisque la première condition d'une définition exacte est de s'entendre parfaitement sur la chose à définir.

I. Il est d'abord certain que l'auteur exerce sur son œuvre une pleine souveraineté morale, non-seulement avant, mais après la publication.

1. Cela n'est pas contestable, quand on se place avant la publication, pendant ou après l'opération purement intellectuelle, qui aboutit à la conception de l'œuvre. Il est clair qu'alors l'artiste est, non pas le propriétaire, mais le maître absolu de son œuvre. Cela est si vrai qu'il ne dépend pas même des tiers, quelle qu'en puisse être leur envie, d'y porter atteinte. Il y a là toute une série de faits intellectuels, toute une suite d'opérations purement intérieures qu'ils ignorent. Le droit qu'exerce alors l'auteur sur son œuvre est si intime, qu'il se confond vraiment avec sa faculté de penser. Ce n'est même pas un droit véritable, la loi ne pouvant ni ne voulant régir des pensées ni des sentiments connus de celui-là seul qui les conçoit et les éprouve. C'est une pure faculté, dont l'exercice indépendant et souverain appartient à l'auteur, sans avoir besoin d'être garanti par aucune loi, par la raison qu'il échappe complétement à l'agression d'autrui. Nous ne sommes pas ici dans la sphère du droit, mais dans celle de la conscience, et la loi est aussi impuissante à réglementer la faculté dont il s'agit qu'à la conférer ou à la détruire.

2. Cette situation, qui est purement morale, est modifiée par l'expression et la publication de l'œuvre. En exprimant son œuvre sous des traits qui la rendent sensible aux regards du public, et plus encore en la publiant, l'auteur prolonge en quelque sorte sa personnalité, et la rend susceptible d'agressions qu'elle ne comportait pas auparavant. Et comme

Digitized by Google

c'est un principe de droit, supérieur à toutes les législations positives, que la liberté personnelle de chacun doit être protégée contre les outrages dont elle pourrait être l'objet, il est nécessaire que la puissance publique intervienne pour faire respecter l'auteur. Nous quittons ici la sphère de la conscience pour entrer dans celle du droit. Si par exemple l'idée une fois exprimée de manière à être sensible aux regards, mais non encore publiée par son auteur, un tiers s'en empare, et la publie sans la volonté ou contre les intentions de l'auteur, il y a dans ce fait une agression violente et injuste à la personnalité de ce dernier, un véritable attentat contre sa liberté, un dommage moral très-sensible, dont il peut demander réparation. Il en serait de même si, l'œuvre ayant été une fois publiée par son auteur, un tiers voulait la publier à nouveau, sous son nom propre, en volant à l'écrivain ou à l'artiste la gloire à laquelle ce dernier a seul droit de prétendre. Il n'y a pas d'outrage qui s'adresse plus directement à la personne que le plagiat; l'agression violente qui résulte de ce *furtum laudis* touche même la conscience de l'auteur bien plus sensiblement que ne le fait la contrefaçon; car celle-ci peut, comme nous le démontrerons plus tard, n'affecter que l'intérêt pécuniaire de l'auteur, en laissant complétement intacte sa personnalité littéraire, artistique ou industrielle. De même encore si un tiers, même investi par l'auteur du droit de publication, ne donnait de l'œuvre qu'une représentation vicieuse ou inexacte, il y aurait dans ce cas une véritable offense à la personne de l'auteur. Cette offense pourrait même très-bien être commise après la mort de ce dernier, puisque, par un merveilleux privilége, l'auteur se survit dans ses œuvres, comme dans ses héritiers. Ce serait à ces derniers, continuateurs de sa personne juridique, de prendre en main sa cause, et d'obtenir réparation de l'offense posthume. En un mot l'expression et la publication, sans rompre ni relâcher le lien qui existe entre l'auteur et son œuvre, le prolongent pour ainsi dire, en développant la personnalité de l'auteur. L'œuvre exprimée ou publiée ne perd pas pour cela sa nature immatérielle; comme le corps de l'ombre ou l'objet de l'image, elle reste distincte de la matière qui la réalise, et continue à faire partie de l'intelligence qui l'a conçue.

Elle est donc nécessairement inviolable, comme cette der-

Digitized by Google

nière. L'auteur qui publie son œuvre enrichit la société sans s'appauvrir; il n'aliène pas et ne peut pas, quand même il le voudrait, aliéner sa conception; il la fixe sous une des mille formes qu'elle est susceptible de revêtir, pour la rendre sensible aux autres, et la conserver vivante à ses propres yeux; en un mot, il reste lui-même et ne se mutile pas, en exprimant ou publiant son œuvre. Mais cette expression et cette publication, en exposant son œuvre, cet autre lui-même, à des agressions qui auparavant ne pouvaient l'atteindre, fondent à son profit le droit de prévenir ou de réprimer ces agressions. Il ne s'agit plus ici d'une simple faculté, mais d'un véritable droit juridique, dont il faut chercher l'origine dans ce principe général de haute et universelle justice, qui défend de faire tort à autrui, et oblige chacun à réparer les dommages qu'il a volontairement causés. Ce droit n'a besoin d'être spécialement consacré par aucun texte, et résulte suffisamment des termes généraux de l'article 1382 du Code civil. Il a existé au profit de l'auteur du jour ou quelqu'un a su tenir une plume ou un pinceau; l'origine de cette *actio injuriarum* se perd dans la nuit des temps; dès qu'il y a eu une littérature, le plagiat a été flétri par la réprobation générale, et dès qu'il y a eu des lois, il a dû pouvoir être réprimé. Ce droit n'est soumis à aucune condition de temps ni de lieu, à aucune formalité restrictive de droit positif; il naît spontanément, nécessairement, au profit de l'auteur, du jour de l'expression et de la publication. C'est un droit tout moral, qui n'est nullement pécuniaire et ne compte point dans son patrimoine, puisqu'il est exclusivement destiné à sauvegarder sa personne, à laquelle d'ailleurs il est invinciblement attaché. Cette union est si intime, que c'est à nos yeux une question que de savoir si l'auteur pourrait s'en dépouiller, même par un acte de sa libre volonté, et qu'en tous cas, sans cet acte exprès, qui d'ailleurs se comprendrait mal, il le retiendrait à coup sûr, malgré la cession qu'il aurait faite de son droit exclusif de reproduction.

Tel est en résumé ce droit d'obligation, qui naît au profit de l'auteur de l'expression et de la publication, et qui permet à ce dernier, de la manière la plus générale, de faire respecter sa personnalité, et de prévenir ou de réprimer toute agression qui pourrait être dirigée contre elle, sous quelque forme que cette agression se puisse produire.

Digitized by Google

II. A côté de ce droit tout moral, création du droit naturel, en existe un autre, création du droit positif, qui s'appelle le *droit exclusif de reproduction.*

Tout en étant unis par des rapports étroits, qui souvent portent à les confondre, ces deux droits sont néanmoins absolument distincts. Il y a de cette distinction une preuve péremptoire : *c'est que l'un peut être violé, tandis que l'autre demeure intact.* Ainsi la publication de mon œuvre, exécutée par un tiers, peut affecter ma personnalité, sans me causer aucun dommage pécuniaire, si par exemple cette publication intervient après l'extinction de mon droit exclusif, et a pour effet d'attribuer mon œuvre à un autre que moi-même, ou de n'en donner qu'une représentation vicieuse ou inexacte. Et réciproquement, cette publication peut léser mon patrimoine, sans affecter nullement ma personnalité, si par exemple elle est faite pendant la durée de mon droit exclusif, sous mon nom et conformément à une publication simultanément effectuée par moi. C'est donc à tort, selon nous, que certains jurisconsultes allemands, comme Neustetel, Bluntschli, Dambach et Dahn, ont considéré le droit exclusif comme faisant partie intégrante du droit purement personnel et moral qui appartient à l'artiste. Nous pensons avec Klostermann que, bien loin que ces droits puissent jamais arriver à se confondre, ils sont et demeurent toujours absolument distincts [1].

Leurs caractères suffisent d'ailleurs à les distinguer. Tandis que le premier est tout moral, le second est tout pécuniaire. De plus, les actions qui leur servent de sanction sont différentes. Celle qui est destinée à faire respecter le premier

[1] Voyez en ce sens Klostermann, *Das Urheberrecht an Schrift-und Kunstwerken*, Berlin, 1875; Franz Vahlen, p. 21-29; Klostermann, *Das geistige Eigenthum*, vol. I, p. 125 et suiv.; Gerber, *Gesammelte juristische Abhandlungen*, vol. II, p. 274; Harum, *Die gegenwaertige österreichische Pressgesetzgebung*, p. 44 et suiv.; Mandry, *Das Urheberrecht an literarischen Erzeugnissen*, p. 47; Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, 1873, I, p. 322. Cette distinction n'est admise qu'incomplétement par Wächter, *Des Autorrecht nach dem gemeinen deutschen Rechte*, p. 6, note 10. Elle est rejetée par les auteurs suivants : Neustetel, *Der Büchernadruck nach rœmischem Rechte betrachtet*, Heidelberg, 1824, p. 44 et suiv.; Bluntschli, *Deutsches Privatrecht*, I, 2e édit., p. 112; Dambach, *Die Gesetzgebung betreffend das Urheberrecht*, p. 12 et suiv.; Dahn, *Zur neuesten deutschen Gezetzgebung über Urheberrecht* (*Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege*, vol. V, Berlin, 1871, p. 1 et suiv.).

Digitized by Google

tend uniquement à défendre la personnalité littéraire, artistique ou industrielle de l'auteur contre les agressions dont elle pourrait être victime; l'action qui garantit le second tend au contraire exclusivement à sauvegarder ou à enrichir le patrimoine de l'auteur. Le premier est un droit sur l'œuvre, le second est un droit sur l'exemplaire, ce qui est bien différent.

Cette distinction est fondamentale; on peut dire qu'elle domine toute la matière des droits d'auteur, et qu'elle s'impose nécessairement à toutes les législations. Il importe donc de la justifier, en considérant de plus près l'origine et la nature juridique du droit exclusif de reproduction, qui est, à vrai dire, le seul droit d'auteur véritable, quand on prend le mot *droit d'auteur*, non pas dans son sens large, mais dans son sens étroit. C'est en effet à ce droit, et à lui seul, que s'appliquent les lois spéciales de la matière, le droit moral qui appartient à l'auteur étant, nous l'avons vu, régi par les principes généraux de la législation.

Nous avons dit que l'origine de ce droit exclusif se tire essentiellement de la loi positive.

1. Quelle est en effet la situation de fait inéluctable, qui résulte de la publication? Elle est telle que, dès ce moment, l'assimilation, c'est-à-dire la reproduction de l'œuvre dans un très-large mesure, et sous mille formes diverses, est non-seulement possible, mais nécessaire pour les tiers. Nous savons que, par la publication, l'œuvre échappe fatalement, d'une manière presque absolue, à la domination de l'auteur.

2. J'ajoute que ce n'est pas là seulement un fait brutal et violent, contre lequel tous les raisonnements et toutes les législations du monde ne sauraient prévaloir, mais l'exercice par les tiers d'un droit naturel et sacré.

C'est une banalité de dire que l'homme est fait pour vivre en société. Cet invincible instinct de société se manifeste par une série d'inclinations naturelles, qui n'en sont que les formes diverses.

Parmi tous ces instincts, il n'en est pas de plus général, et de plus efficace au point de vue de la sociabilité, que l'instinct d'imitation. L'homme imite continuellement ce qu'il a sous les yeux. Ce ne sont pas seulement les idées ou les sentiments revêtus d'une forme précise, mais les gestes mêmes, les actes et les objets extérieurs qui sont perpétuellement l'occasion

Digitized by Google

de plagiats indispensables. Cette disposition simiesque se remarque à tous les degrés de l'échelle des êtres, chez les animaux comme chez l'homme; elle s'accuse naïvement chez l'enfant, dont la nature mobile et sensible est continuellement affectée par les impressions du monde extérieur, dont toute l'existence ne se compose à vrai dire que d'emprunts successifs, dans le domaine physique comme dans le monde moral. L'éducation n'est autre que l'exercice méthodique et rationnel de cette faculté naturelle. Ainsi, dans un sens large, la contrefaçon est la loi du monde, et chacun vit d'emprunts faits au voisin. L'échange et la transfusion réciproque des idées s'opèrent d'une manière continue, avec une prodigieuse rapidité. Par là devient possible la communion intellectuelle et morale, sans laquelle la société ne saurait s'instituer. Qu'on imagine un instant le sentiment contraire, chaque homme se repliant sur lui-même, s'enfermant dans le sentiment égoïste et jaloux de sa personnalité comme dans une forteresse inexpugnable, et la société disparaît. C'est au contraire ce perpétuel besoin d'imitation qui donne de la consistance aux mœurs, qui empêche qu'elles ne soient bouleversées d'une génération à une autre, qui permet en un mot que l'humanité marche vers sa fin d'un pas réglé, sûr et progressif, chaque homme étant par sa nature citoyen d'une même patrie qui est le monde, et ayant en soi comme une étincelle échappée du même foyer.

3. S'il en est ainsi, l'œuvre, une fois publiée par l'auteur, va pouvoir, non pas seulement en fait, mais en droit, servir de thème à toutes les imitations possibles, totales ou partielles, serviles ou libres, parfaites ou imparfaites; et celui qui imite son semblable, même servilement, ne saurait être assimilé à un voleur.

Mais il y a plus, et il est rigoureusement exact de dire qu'en elle-même l'imitation ne cause à l'auteur ni préjudice moral, ni dommage pécuniaire direct.

A. Je dis d'abord qu'elle ne lui cause aucun préjudice moral. Il est, nous le savons, certains cas où elle constitue une agression injuste à la personnalité de l'auteur, si par exemple on publie son œuvre malgré lui, ou sous le nom d'un autre, ou de manière à n'en donner qu'une représentation vicieuse ou inexacte. La reproduction est alors illicite, d'après les principes du droit naturel, non pas en tant que reproduction,

Digitized by Google

non pas parce qu'elle vient faire échec à un droit naturel de reproduction exclusive qui appartiendrait à l'auteur, mais simplement parce qu'étant données les circonstances particulières, les conditions accidentelles dans lesquelles elle se produit, elle viole la conscience de l'auteur. Mais ce cas n'est pas le plus fréquent. Nous savons que le plus souvent elle ne fait subir à l'auteur aucun préjudice moral, qu'elle laisse absolument intactes sa conscience et sa personne, et que même, bien loin d'aller contre ses intentions, elle est conforme a ses vœux les plus chers. Dans toutes ces hypothèses, on ne saurait dire que la reproduction fait échec à un droit exclusif de reproduction qui appartiendrait naturellement à l'auteur, et l'argument d'analogie cité plus haut s'évanouit.

B. De même qu'en elle-même, abstraction faite de circonstances exceptionnelles, la reproduction de l'œuvre ne fait subir à l'auteur aucun dommage moral, elle ne lui cause aucun préjudice pécuniaire direct. D'abord l'œuvre n'est pas dans le patrimoine de l'auteur; l'imitation ne l'en fait donc point sortir, pas plus qu'elle ne la fait entrer dans celui du contrefacteur. C'est là une raison péremptoire qui empêche l'imitation de constituer l'appréhension de la chose d'autrui, et par conséquent d'équivaloir au vol. Mais on peut aller plus loin, et affirmer que l'imitation ne change pas la condition pécuniaire de l'auteur. De même que ce dernier ne s'appauvrit pas en publiant son œuvre, les tiers ne le dépouillent pas en copiant la reproduction qu'il en a donnée. Pour être publiée ou copiée, le fût-elle indéfiniment, l'œuvre ne cesse pas de résider dans l'intelligence de l'auteur, et il ne saurait dépendre de personne de lui faire quitter cet asile inviolable et sacré. Ce qui est vrai, c'est que la reproduction de l'œuvre peut, quand elle est effectuée par autrui, causer à l'auteur un préjudice pécuniaire indirect, en lui faisant manquer l'occasion de réaliser un gain, ou en ne lui permettant de réaliser qu'un gain inférieur à celui qu'il espérait. L'œuvre, étant immatérielle, et ne faisant pas partie du patrimoine de l'auteur, est inestimable en agent. Seulement elle peut avoir, et elle a souvent, en fait, des conséquences pécuniaires fort importantes. L'auteur ou les tiers peuvent souvent, grâce à elle, réaliser un gain considérable, en la reproduisant sous diverses formes et spécialement par certains procédés d'invention relativement récente, qui permettent à tous de répéter

Digitized by Google

presque indéfiniment, à peu de frais, sans grand travail, avec une rapidité inouïe et une précision automatique, une opération manuelle, qui, une première fois exécutée par l'auteur, a exigé de sa part de grandes dépenses, un labeur considérable, beaucoup de temps et d'essais infructueux. Telle est l'exacte vérité. L'œuvre une fois publiée, les tiers ont, de par la faculté d'imitation, servie par de merveilleux procédés scientifiques, les moyens matériels de répéter l'opération créatrice de l'auteur, et de faire ainsi pour leur propre compte partie d'un gain que l'auteur voudrait se réserver exclusivement.

Ce faisant, commettent-ils quelque chose qui ressemble à un vol, ou seulement à une action déshonnête ? En aucune façon, si d'ailleurs les circonstances particulières dans lesquelles intervient leur acte n'en font point une agression injuste à la conscience de l'auteur. Ils se contentent d'exercer une faculté dont ils sont naturellement pourvus ; en soi, cet exercice concomitant par tous, si désagréable ou fâcheux qu'il puisse être pour l'auteur, est légitime, et constitue dans la sphère du commerce et de l'industrie la libre concurrence.

Prétendre le contraire et reconnaître à l'auteur, non pas un droit de propriété sur son œuvre, mais même un droit naturel exclusif d'en donner des reproductions, ce serait, nous le savons, dénier à l'homme un de ses attributs essentiels.

4. Telle est la conséquence que la publication produit, non pas seulement en fait, mais en droit. Pour être juridique, cette conséquence n'en est pas moins fort dure.

A. Elle a pourtant été tirée pendant des siècles, sans qu'aucun auteur ait jamais songé à s'en plaindre. Nous trouvons bien en effet des monuments de la littérature ancienne qui flétrissent, ou même punissent le plagiat, c'est-à-dire la reproduction qui équivaut à une véritable injure pour l'auteur.

Mais nous ne voyons pas que rien de semblable ait jamais existé pour la reproduction exécutée par des tiers sans avoir pour effet de ravir à l'auteur la gloire à laquelle ce dernier peut seul prétendre.

Il est vrai qu'autrefois le travail nécessaire pour obtenir la reproduction, surtout celle d'une œuvre artistique et industrielle, était pénible, lent et coûteux pour les tiers, et se rapprochait assez sensiblement de celui qui avait été néces-

Digitized by Google

saire à l'auteur pour donner la première représentation de son œuvre. Les contrefacteurs étaient donc moins tentés d'entreprendre une opération qui supposait chez son auteur une véritable habileté, et qui n'avait point pour compensation la certitude d'un gros bénéfice réalisé à bref délai. D'autre part et pour la même raison, l'auteur n'avait pas un extrême intérêt à se faire attribuer le droit exclusif de reproduire son œuvre, puisqu'il avait peu à craindre la contrefaçon, et qu'en tous cas celle-ci ne lui causait pas un préjudice trop sensible. Ce n'est pas qu'en somme la contrefaçon ne fût fructueuse pour les tiers et dommageable pour l'auteur, surtout quand il s'agissait des écrits, qui ont toujours pu être reproduits sans aucune des difficultés que je viens de signaler. Nous savons quels bénéfices pouvait rapporter à Athènes et à Rome le commerce des livres[1], et, sans remonter si haut, quelle importance avaient en France, avant la découverte de l'imprimerie, les établissements de copistes patronnés et surveillés par l'Université. Il y aurait donc erreur grave à soutenir que l'exercice du droit exclusif de reproduction n'est devenu lucratif qu'à partir de la découverte de l'imprimerie. Mais enfin le gain dont l'auteur se voyait privé par la contrefaçon n'était pas assez considérable pour déterminer une révolution dans l'opinion, qui s'était habituée à considérer comme licite la reproduction des œuvres intellectuelles.

B. Les choses ont changé avec la découverte de l'imprimerie et surtout, presque de nos jours, avec celle d'autres procédés qui ont permis à des individus n'ayant qu'une capacité artistique d'ordre tout à fait inférieur, ou même à de simples spéculateurs, de faire de toute contrefaçon un métier très-lucratif. L'extrême facilité de reproduire a augmenté dans des proportions énormes les bénéfices qu'on pouvait retirer d'une œuvre, en sorte que l'appât d'un gain considérable, facile et sûr a été pour les tiers une excitation singulière à la contrefaçon, en même temps que pour l'auteur une raison de chercher à monopoliser à son profit l'exercice du droit de reproduction devenu si fructueux. Une fois sur cette pente, l'auteur s'est habitué à ne plus donner que contre argent ce qu'il donnait autrefois gratis, à faire remarquer

[1] Pollux, *Onomasticon*, IX, p. 47; Caillemer, *Le papier à Athènes*, p. 21; Martial, *Epigram.*, XIII, 3.

Digitized by Google

qu'il était juste que chacun vécût de son métier, l'artiste de l'art, comme le prêtre de l'autel. En même temps, il s'est ingénié à protéger son œuvre contre l'imitation d'autrui, de manière à en tirer profit le plus longtemps et le plus complétement possible. On a vu ainsi de nombreux exemples de grandes fortunes rapidement faites par des auteurs, dont la vanité gagnait à cette révolution soudaine tout ce que leur ancien orgueil devait y perdre. C'est en effet une des causes les plus actives de la dégénérescence des lettres et des arts, que l'invasion de l'esprit de mercantilisme, qui tarife par avance, avec une précision commerciale, chaque ligne d'un auteur ou chaque coup de pinceau d'un peintre, qui mesure presque au poids du papier ou à l'étendue de la toile la valeur d'un livre ou d'un tableau, et ravale au niveau d'un métier ce qui s'appelait autrefois les lettres ou les arts. Il faut dire, pour excuser cette tendance, que la tentation était forte, et d'ailleurs que la conduite des tiers, pour être fondée en droit, n'en constituait pas moins un abus criant. On s'habituait mal à voir les bénéfices d'une œuvre immédiatement accaparés par des spéculateurs, dont l'opulence contrastait insolemment avec la pauvreté de l'auteur, et qui, pour n'avoir pas dépouillé ce dernier, s'étaient néanmoins enrichis en son lieu et place.

C. C'est ainsi qu'on a été très-naturellement et très-justement conduit à instituer de nouvelles règles de droit positif, ayant pour but de modifier l'état de fait, si défavorable pour l'auteur, qui permettait à tous de reproduire sous mille formes l'œuvre une fois publiée, et l'état de droit, qui rendait toutes ces reproductions absolument licites. Pour améliorer la condition juridique de l'auteur, il a été nécessaire d'amoindrir celle des tiers, en édictant que la faculté d'imitation, ou que le droit de reproduction, qui autrefois était exercé par eux sans entraves, subirait désormais certaines restrictions.

Quant à interdire cet exercice d'une manière absolue, quant à le monopoliser rigoureusement au profit de l'auteur, nous savons qu'il n'y fallait point songer.

Mais ce que la loi pouvait faire et ce qu'elle a fait, c'était restreindre la liberté naturelle des tiers, en tant que cela était nécessaire pour permettre à l'auteur de tirer de son œuvre un profit raisonnable. Ce que la loi pouvait faire, c'é-

Digitized by Google

tait interdire aux tiers certaines reproductions, particulièrement lucratives de leur nature, et réserver à l'auteur la faculté exclusive de s'en assurer le profit en y procédant pour son compte; c'était en un mot prohiber certaines reproductions, tout en laissant les autres parfaitement licites. Les reproductions prohibées sont surtout, est-il besoin de le dire, la reproduction servile, qui ne suppose chez son auteur presque aucune dépense intellectuelle créatrice, et celle qui est de nature à porter un préjudice pécuniaire à l'auteur. Quant aux autres reproductions, et spécialement quant à celles qui ne peuvent empêcher l'auteur de réaliser un gain, elles demeurent permises, au moins en principe. L'objet de ce droit exclusif de reproduction est donc, non pas l'œuvre elle-même, mais l'exemplaire, c'est-à-dire la forme que l'auteur a donnée à l'œuvre, et encore faut-il que cette forme soit susceptible de reproduction lucrative. Et le droit de l'auteur consiste, non pas dans celui de reproduire son œuvre, puisque ce droit lui appartient naturellement, en sa seule qualité d'homme, mais dans celui d'interdire aux autres hommes, pendant un certain temps et dans une certaine mesure, l'exercice de cette faculté. Il est impossible d'exprimer plus clairement que par cette définition, dont les termes nous paraissent incontestables, et qui est d'ailleurs courante dans la doctrine allemande, que le droit exclusif n'est qu'un monopole et consiste dans une restriction temporaire et partielle apportée par le droit positif à la liberté naturelle des tiers.

D. Rien n'est plus controversé, et cependant rien n'est à nos yeux plus évident. Nous ne voulons pas d'autre démonstration de l'existence de ce monopole que le caractère restreint qu'affecte le droit exclusif de l'auteur. Nous savons que ce droit est tout relatif, non-seulement par sa nature, mais par son sujet et son objet.

Il l'est d'abord par sa nature, puisque, du moins actuellement, il est temporaire, et que même dans l'opinion de ceux qui veulent le rendre perpétuel, il ne saurait jamais être identique à lui-même, mais demeurerait toujours exposé à des transformations et à des dégénérescences successives.

Il est relatif par son sujet, puisqu'il n'appartient ni ne saurait jamais appartenir avec la même plénitude et la même

Digitized by Google

durée au dessinateur, au modeleur industriel, à l'inventeur, à l'écrivain, au musicien et à l'artiste.

Il est enfin relatif par son objet, puisque la prohibition ne s'étend ni ne peut s'étendre à toutes les reproductions dont l'œuvre est susceptible, mais seulement à quelques-unes de celles qu'elle comporte, et par excellence aux reproductions lucratives, totales et serviles.

Qui ne voit que ce caractère relatif du droit ne permet pas de penser qu'il puisse s'agir ici d'un droit naturel ? Un tel droit serait en effet nécessairement absolu : par sa nature d'abord, en ce qu'il serait perpétuel et non sujet à dépérir; par son sujet, en ce qu'il serait exercé par tous les auteurs avec la même plénitude ; par son objet enfin, en ce qu'il s'étendrait à toutes les reproductions dont l'œuvre est susceptible. Il serait absurde de parler d'un droit naturel et exclusif de reproduction, qui serait condamné à s'éteindre ou à se transformer au bout de quelques années, qui appartiendrait pleinement à quelques auteurs et partiellement à d'autres, et qui enfin n'aurait d'autre effet que d'interdire quelques reproductions parmi toutes celles que comporte l'œuvre.

Et cependant ce caractère relatif est tout à fait indélébile. Quand bien même on admettrait que, dans un avenir plus ou moins éloigné, le droit est destiné à devenir perpétuel d'une manière absolue, il est bien certain qu'il ne pourrait jamais être exercé dans des conditions identiques par tous les auteurs, ni s'étendre à tous les genres d'assimilation que comporte l'œuvre. Et quand même enfin, faisant bon marché de toutes les invraisemblances, on concevrait pour un instant que ce droit pût devenir absolu quant à son sujet, il est clair qu'il ne pourrait jamais l'être quant à son objet, car il est toute une série de reproductions qui, par la force même des choses, sans parler de la volonté de l'auteur, doivent être considérées comme nécessairement licites. Ce caractère éternellement relatif de l'objet du droit suffirait à lui seul pour démontrer qu'il ne saurait ici s'agir d'un droit naturel. On ne concevrait pas un droit naturel de reproduction appartenant à l'auteur et ayant seulement pour effet d'interdire certaines reproductions lucratives, qui peuvent être les plus importantes du monde par leurs conséquences pécuniaires, mais qui en définitive ne sont rien, si on les compare à celles que toute œuvre publiée comporte. Si l'auteur avait un droit

Digitized by Google

naturel et exclusif de reproduction, ce droit serait absolu, et serait lésé par toute reproduction effectuée par les tiers, fût-elle non susceptible de produire argent, fût-elle partielle ou même déguisée. Car la reproduction servile et totale, qui en outre prive l'auteur d'un gain, peut bien porter en fait une atteinte plus sensible à son droit : mais elle est identique aux autres, en ce que, comme elles, elle viole le droit, s'il appartient naturellement à l'auteur. Il ne saurait y avoir de différence dans la violation de ce qui est le droit, et toutes les injustices se valent.

Si donc la nature même des choses interdit qu'il puisse être ici question d'un droit absolu quant à l'objet, c'est qu'il ne peut être non plus question d'un droit primordial et naturel, mais d'une simple et équitable concession de la loi positive. Les irrégularités, les variations, les restrictions de tout genre qu'affecte nécessairement le droit au triple point de vue de sa nature, de son sujet et de son objet, tous ces caractères relatifs et contingents qui lui sont attachés d'une manière indélébile, prouvent qu'il ne s'aurait s'agir ici que d'un droit positif. Il serait aussi impossible de les expliquer par des spoliations successives de la loi positive, qui du droit primordialement absolu n'aurait presque rien laissé debout, que par des renonciations expressément ou tacitement consenties par les auteurs. L'histoire n'offre aucune trace de pareils faits. L'hypothèse d'une spoliation légale répugne au caractère évidemment favorable des diverses lois qui ont constitué le droit d'auteur, et celle d'une renonciation tacite de l'auteur au droit d'empêcher les reproductions qui ne lui causent aucun préjudice pécuniaire est contredite par ce fait que bien des reproductions ayant ce caractère demeurent néanmoins permises. Comment croire d'ailleurs que l'inventeur, par exemple, consente tacitement à n'exercer que pendant quinze années un droit naturel de reproduction qui pourrait être presque indéfiniment lucratif?

De tout cela il résulte que le droit exclusif de l'auteur ne saurait être qu'un privilége octroyé par la législation positive.

ANDRÉ MORILLOT.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DES OPÉRATIONS DE LA BOURSE,

Par M. Buchère, docteur en droit, procureur général à la Cour de Caen[1].

Compte rendu par M. Ch. Lyon-Caen, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Les opérations de Bourse ont déjà donné lieu en France à d'excellents traités. Au premier rang il faut citer *la Bourse, ses opérations et ses opérateurs*, de M. Bozérian; *les Bourses de commerce*, de Mollot. Ces ouvrages, quelque grande que soit leur valeur, ont l'inconvénient, toujours assez grave pour un livre de droit, de remonter à une vingtaine d'années. M. Buchère a donc eu une excellente idée de consacrer au même sujet un volume dans lequel il met le lecteur parfaitement au courant du dernier état de la jurisprudence et de la législation. Ce livre est une sorte de complément de l'ouvrage du même auteur consacré aux valeurs mobilières. On y trouve la même clarté, la même richesse de documents pratiques. L'auteur a une connaissance parfaite de son sujet. Peut-être faut-il seulement lui reprocher d'avoir parfois laissé échapper quelques affirmations qui ne sont pas rigoureusement conformes aux principes généraux du droit. Ainsi (page 67) l'auteur examine la question de savoir si les agents de change sont des commerçants, et il dit qu'avant la loi du 22 juillet 1867, cette question présentait de l'intérêt au point de vue de la contrainte par corps. Cette observation paraîtrait impliquer que la contrainte par corps était spécialement attachée à la qualité de commerçant. Or il n'en était rien; ce sont les actes de commerce qui entraînaient plus facilement la contrainte par corps que les actes civils, et cela qu'ils fussent faits par des commerçants ou des non-commerçants. — A la page 418 (n° 691), il est dit que « la garantie donnée « à un agent de change, sous le nom de couverture, constitue « incontestablement un gage commercial, *puisqu'il est donné* « *à un commerçant* ». L'auteur en conclut qu'il n'y a, conformément à la loi du 23 mai 1863, à observer aucune des for-

[1] Marescq aîné, éditeur, 1 vol. in-8°. Prix : 9 francs.

Digitized by Google

malités de l'article 2074 du Code civil pour la constitution de ce gage. Il y a là, au moins dans le motif de la solution, une méconnaissance bien singulière de la règle qui sert à distinguer le gage civil du gage commercial. Pour faire cette distinction, c'est à la nature de la dette garantie qu'il faut s'attacher; on doit faire abstraction complète de la profession du créancier, et quant à la qualité de commerçant du débiteur, elle fait seulement présumer la commercialité du gage (art. 91 C. com., art. 638, 2e al., *id.*).

Nous pourrions encore relever quelques inexactitudes de la même nature. Elles n'empêchent pas assurément ce livre d'être une œuvre sérieusement recommandable, mais elles en rendent la lecture quelque peu dangereuse pour quiconque n'est pas en état de se tenir en garde contre les erreurs de l'auteur se rattachant aux principes généraux du droit civil et du droit commercial. CH. LYON-CAEN.

LE MANUSCRIT DE VÉRONE, collationné par STUDEMUND; remarques critiques sur Gaïus par le Dr J. E. GOUDSMIT, professeur ordinaire de droit à l'Université de Leyde (traduction allemande par le Dr S. SUTRO). Utrecht, Reminck et Zoon, 1876.

Compte rendu par M. ESMEIN, agrégé à la Faculté de droit de Douai.

On sait comment, en 1816, Niebuhr remarqua dans la bibliothèque capitulaire de Vérone le précieux palimpseste qui contenait les Institutes de Gaïus. En 1817, MM. Bekker et Goeschen, auxquels se joignit spécialement M. B. Holweg, déchiffrèrent le manuscrit, et en 1820 parut la première édition de Gaïus, celle de Goeschen. En 1821-22, M. Bluhme reprit la lecture des passages restés illisibles jusque-là; mais il employa des réactifs trop violents, et son travail n'eut pas grand résultat : même une partie de ses notes se perdit par accident. C'est sur le texte ainsi obtenu qu'ont travaillé tous les savants qui en Allemagne et en France ont édité les Institutes de Gaïus, restituant souvent avec toutes les finesses de la critique moderne les passages où quelques lettres avaient pu être lues [1].

[1] Voy. pour cette histoire des éditions de Gaïus, le *Novum enchiridion juris romani* de M. Ch. Giraud, p. 145 et 146.

Digitized by Google

En 1866, M. Studemund fut envoyé à Vérone par l'Académie de Berlin pour tâcher d'arracher au manuscrit ses derniers secrets : son travail, interrompu par la guerre de 1866, fut repris en 1867 et 1868. Aidé en partie par MM. Krueger et Mommsen, il put, à l'aide d'ingénieux réactifs, lire un assez grand nombre de passages et de mots nouveaux. Il a donné le résultat de ses recherches dans une magnifique édition de Gaïus, publiée sous les auspices de l'Académie des sciences de Berlin [1], dans laquelle, par une merveille de l'art typographique, on a exactement reproduit les caractères mêmes du manuscrit. Prenant pour point de départ ce texte nouveau, un nouveau travail de critique et de restitution va donc commencer. M. Goudsmit, déjà connu en France par un *Cours de Pandectes*, traduit en notre langue, a cru utile de faire connaître dès maintenant ce que, suivant lui, on a gagné à la lecture nouvelle.

M. Studemund déclarait, dans sa préface, que son travail serait plus profitable au philologue qu'au jurisconsulte. M. Goudsmit n'est pas de cet avis : indiquons seulement quelques-uns des points qu'il a dégagés.

Dans le commentaire I, aux §§ 32-34, les renseignements sur les modes ouverts au Latin pour arriver à la cité romaine, sont complétés et précisés. — Dans le commentaire II, § 16, le nouveau texte indique que si les éléphants et les chameaux ne sont point classés parmi les choses *mancipi*, c'est parce qu'ils n'étaient point connus des Romains à l'époque où s'établit la distinction des *res mancipi* et *nec mancipi*. — Les anciennes éditions admettaient toutes que la présence d'un *heres necessarius* n'empêchait point l'usucapion *pro herede* (II, 58; III, 201); solution difficile à justifier : il résulterait d'un sigle, inaperçu jusqu'ici, qu'il faut lire dans les deux passages « *nihil pro herede usucapi posse*, » ce qui donne une doctrine beaucoup plus raisonnable. — Le nouveau texte donne (III, 79) un passage qui permet à M. Goudsmit, avec quelque témérité peut-être de sa part, de défendre la description de la *venditio bonorum*, donnée par Théophile, fort attaquée comme on sait. — Il résulterait du § 104 (comm. III) que, comme l'esclave et la personne *in mancipio*, la femme *in manu* (et la *filiafamilias*, ajoute M. Goudsmit, en complétant

[1] Leipzig, 1874.

Digitized by Google

une lacune du texte) serait absolument incapable de s'obliger, même vis à vis d'un tiers. Cela trancherait une controverse célèbre. — Le quatrième livre de Gaïus, qui présente pourtant de si regrettables lacunes, aurait assez peu gagné relativement; ce qui paraît le plus neuf, c'est l'indication d'*interdicta secundaria* (IV, 170), qui seraient accordés subsidiairement lorsque, après l'*interdictum redditum*, l'adversaire se refuserait à accomplir les actes qui de sa part sont nécessaires pour la continuation du procès, tels que la *sponsio*, la *licitatio fructuum*, etc. : le récalcitrant était alors probablement privé de la possession, s'il l'avait eue jusque-là ; mais il faut avouer que cette indication probablement incomplète n'est pas de nature à jeter beaucoup de jour sur la procédure des interdits.

Nous n'avons, bien entendu, indiqué que quelques points saillants ; il y a dans l'opuscule de M. Goudsmit une quantité de remarques ingénieuses et profitables.

Disons, en terminant, que MM. Studemund et Krueger viennent de publier une édition de Gaïus, d'après la récension nouvelle, *ad usum scholarum*[1]. ESMEIN.

EXPLICATION ÉLÉMENTAIRE DU CODE CIVIL, mise en rapport avec la doctrine et la jurisprudence, par J. J. Delsol, sénateur, avocat, docteur en droit, 3e édition, revue, corrigée et augmentée, avec la collaboration de Ch. Lescœur, docteur en droit, licencié ès lettres, professeur à la Faculté libre de droit de l'Université catholique de Paris. T. Ier[2].

Compte rendu par M. Félix Berriat Saint-Prix, docteur en droit.

Le succès du livre de M. Delsol auprès des élèves est un *fait* accompli : nous devons le constater ; mais les *droits* de la critique sont imprescriptibles. Examinons à quel titre l'ouvrage méritait la faveur du public.

L'auteur a choisi la méthode qu'on pourrait appeler mixte, ou dogmatique restreinte. Il suit l'ordre des titres, des chapitres, des sections... Mais il s'abstient du commentaire pro-

[1] *Gaii institutiones ad Codicis Veronensis apographum studemundianum in usum scholarum.* Édit. P. Krueger et G. Studemund. Berlin, Weidman, 1877.

[2] A. Cotillon et Ce, éditeurs, libraires du Conseil d'État, rue Soufflot, 24, près du Panthéon, 1878.

Digitized by Google

prement dit ; il formule un ensemble de principes corrélatifs à la série d'articles qu'il vient de transcrire. Ce système offre une analogie assez grande avec celui qu'adopte Pothier dans son chef-d'œuvre : l'*Introduction à la coutume d'Orléans*. Seulement, le texte précède ici l'exposé dogmatique, ce qui est assez indifférent, et n'est point accompagné de notes ; lacune plus regrettable, car une loi renferme toujours des difficultés herméneutiques, dans les passages mêmes que la théorie fondamentale néglige sans grand inconvénient.

La méthode préférée par M. Delsol doit plaire aux jeunes gens qui savent mal résumer leurs idées ou les extraire d'une longue série d'annotations. Ceux qui veulent des démonstrations rigoureuses, qui ne s'inclinent pas devant une manifestation de volonté, *hoc volo, sic jubeo*... et s'écrient sans cesse : *quod foret demonstrandum*, ceux-là cherchent un commentaire logiquement déduit, une doctrine géométriquement construite. Ils sont en minorité sans doute, et tel auteur de notes théoriques est loin d'avoir conquis la célébrité de Rogron. Au surplus, on sait comment les étudiants se déterminent dans leurs choix; ils n'attendent pas que le professeur en chaire leur ait recommandé M. Delsol; ils se consultent *eux-mêmes;* celui qui n'a pas complété sa provision classique achète le livre que possède son camarade, à moins qu'il n'en trouve un plus portatif : sinon il mettra en pièces (*disjecti membra*...), au plus tard lors de la composition écrite, le tome préféré. C'est ainsi que se forme l'estime des étudiants et la vogue commerciale, épiée et servie par les libraires ; heureux si le hasard leur jette dans les mains un ouvrage d'où la science n'est pas constamment absente, comme dans les premières éditions du Code *expliqué*, ou remplacée par une compilation indigeste d'arrêts, comme dans les dernières éditions beaucoup moins portatives du même manuel.

M. Delsol se consolera de n'avoir pas encore gagné la fortune, si promptement perdue, de son prédécesseur. Il se garde bien de transcrire *in extenso* les décisions de la Cour suprême, peu intelligibles pour de simples aspirants au diplôme ; il en extrait le suc ; des arguments lui semblent plus convaincants que des dates d'arrêts.

Cependant, s'il faut simplifier au début, s'il faut déblayer

Digitized by Google

le terrain des difficultés dont la solution sera cherchée plus tard avec plus de fruit, il importe de mettre en relief les principes et de les solidement établir. Un brocard suspect, parfois même inventé pour le besoin d'une doctrine (*tempus regit actum*), l'énoncé d'opinions vagues : on admet... on pense... c'est l'avis de *tous !!!*... ces formules et bien d'autres aussi peu concluantes, seront mises de côté. Le logicien ne se paye pas de mots comme le rhéteur, bien que ce dernier ait plus de chances de plaire à la multitude.

Les commençants ont besoin d'être familiarisés de bonne heure avec l'argument de *source* qu'ils sont trop tentés de confondre, comme le font les praticiens, avec les marques de pure érudition. Le droit romain est la principale source de notre Code : mais on ne doit ni en abuser, ni l'altérer. N'allez pas, comme Marcadé, nier les effets juridiques de la *cognatio ;* la loi des Douze Tables n'est pas tout le droit romain ; or, le préteur promet formellement la *bonorum possessio unde cognati.* Il en est de beaucoup d'institutions modernes comme de ces mots dont la traduction latine semble aux oreilles novices du latin de mauvais aloi ; elles sont plus romaines qu'elles n'en ont l'air. Qui croirait que le caractère distinctif des biens publics hors du commerce, absent de nos lois administratives, se trouve dans un passage des Institutes, ignoré des interprètes vulgaires ?

Le § 35, *De rerum divisione,* est célèbre dans l'École par l'antinomie insoluble qu'il renferme. Il s'explique aisément par l'incurie de Tribonien : le grand compilateur reproduit d'abord le droit du Ier siècle et décide que le possesseur de bonne foi acquiert les fruits par la *perception;* cela posé, il intercale une phrase du IIIe siècle qui exige la *consommation.* Les législateurs français ont dû connaître cette vieille controverse ; ils ne l'ont pourtant pas tranchée, du moins dans l'article 549, quoi qu'en dise M. Delsol, qui a cru lire (n° 775) le mot *perçus* dans ce texte. Il aurait mieux fait d'invoquer Pothier et l'article 138, qu'il cite deux lignes plus haut (n° 774), et de ne pas dire ailleurs (n° 771), qu'il serait injuste de dépouiller le possesseur « des fruits qu'il a perçus *et consommés* ».

Pothier fournit une foule d'arguments de source. M. Delsol le cite (n° 289, sur la foi d'autrui), trop rarement peut-être. Il le perd de vue, comme M. Demolombe, M. Valette, Mourlon...

Digitized by Google

dans deux questions fondamentales : quel est le fait constitutif de la nationalité? l'étranger jouit-il des droits civils? Il répète après eux que l'étranger privé des droits civils ne saurait être propriétaire ni créancier. « Le temps n'est plus, « dit M. Delsol, où le droit naturel et le droit civil pouvaient « être distingués. Ce parallélisme était possible à Rome... « pour le législateur français, le droit positif est l'expression « du droit naturel... » Je ne saurais partager cet optimisme ; les hommes d'État étudient plutôt l'éloquence que les théories juridiques abstraites et nous sommes loin encore, je le crains, de l'époque où la législation positive sera conforme au dernier état de la science.

Les sources trompent quelquefois. Justinien a dicté la proposition de l'article 348 : « L'adopté restera dans sa fa- « mille naturelle et y conservera tous ses droits. » Mais elle ne peut plus avoir, dans le Code français, la même portée que dans le Code romano-byzantin. M. Delsol s'abstient de la développer ; il évite ainsi l'incroyable étourderie de Mourlon, romaniste médiocre, qui soumet un majeur (!) au droit de correction et à l'usufruit légal.

M. Delsol n'est pas de ceux qui remplaceraient volontiers la *science* du droit par l'*histoire* du droit : il ne se croit pas dispensé de démontrer une règle, quand il a rapporté les vicissitudes qu'elle a subies. Il recourt aux développements historiques dans les cas où leur utilité est manifeste ; par exemple, lorsqu'il s'agit de décrire la confection des lois et du Code civil. L'exposé qu'il trace de nos variations constitutionnelles est d'une fidélité remarquable. Peut-être y apercevra-t-on un léger reflet des doctrines de la majorité sénatoriale (M. Delsol est pourtant sénateur *élu*). L'expression « chef de l'État » se rencontre maintes fois sous sa plume ; mais se rencontre-t-elle dans les lois constitutionnelles de février et juillet 1875 ? Se rencontrait-elle même dans la Constitution de l'an VIII ? (V. p. 10.) Sieyès, qui fut consul avant Cambacérès (comp. n° 18), rêvait un grand électeur, — rôle que le futur conquérant repoussa dans des termes trop militaires ; — il ne proposa point d'établir un chef de l'État. D'un autre côté, le premier consul et l'empereur n'eurent jamais la puissance *législative ;* les décrets contraires aux lois « étaient donc entachés d'excès de pouvoir ; un décret, « œuvre du pouvoir exécutif, ajoute très-bien M. Delsol

Digitized by Google

(n° 118), ne peut modifier une loi. » Cependant l'auteur décide qu'ils ont acquis force obligatoire, parce que le Sénat ne les a point annulés. J'ai toujours combattu ce système, adopté malheureusement par la jurisprudence. J'ai fait observer que la Constitution de l'an VIII ne renferme l'action du Sénat dans un délai fixe qu'à l'égard des *lois* (art. 57). Tel que M. Delsol le présente, le système vulgaire aboutirait à ce résultat étrange que les décrets conformes aux lois resteraient au niveau des simples décrets, tandis que les décrets illégaux seraient montés au rang des lois véritables, sans qu'on puisse assigner l'époque de cette singulière transformation; à moins qu'on ne la suppose opérée par la chute de l'Empire, au jour où précisément le Sénat, prononçant la déchéance, proclamait la nullité de divers décrets.

Des dissentiments de doctrine ne sont pas des critiques. Ils ne diminuent d'ailleurs en rien les éloges dus à la lucidité du style et à l'exactitude des principes. M. Delsol se montre constamment fidèle au précepte d'Horace qu'il a pris pour devise : *esto brevis;* et pourtant il évite l'écueil qui menace les écrivains trop brefs. Évidemment convaincu que la science subit la loi du progrès, il améliore chaque édition nouvelle de son livre. Mentionnons ici l'utile collaboration de M. Lescœur, nécessitée sans doute par les exigences de devoirs d'un ordre plus élevé. Les deux collaborateurs n'ont laissé échapper aucun des récents arrêts de cassation utiles à l'interprétation de la loi ; ils ont scrupuleusement rappelé ces nombreuses innovations de détail qu'on devrait insérer dans le corps même du Code, au lieu de les disséminer dans ce recueil volumineux où un ordre chronologique sévère n'a pas encore été introduit.

Recommandons de nouveau, pour conclure, l'*Explication élémentaire* de M. Delsol à la jeunesse sérieuse : *cupidæ legum juventuti.*

FÉLIX BERRIAT SAINT-PRIX.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

DU DÉCLASSEMENT DES ROUTES DÉPARTEMENTALES.

Par M. Léon Choppard,
Docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

I

I. Inspirée par une pensée de décentralisation administrative, la loi du 10 août 1871 a donné une large extension aux attributions des conseils généraux. Elle a surtout étendu leurs pouvoirs en matière de voirie et particulièrement en ce qui concerne le classement et le déclassement des routes départementales et des chemins vicinaux. Dès la première session tenue sous l'empire de cette loi, les conseils généraux manifestèrent l'intention d'user immédiatement de leurs nouveaux pouvoirs. D'importantes questions de voirie furent mises à l'étude. Discutées dans les sessions ultérieures, elles furent l'objet de délibérations qui, dans un grand nombre de départements, vinrent transformer le régime de la voirie départementale[1].

Parmi les innovations ainsi adoptées, il en est une qui, à raison de sa généralité, nous paraît excéder les pouvoirs que les conseils généraux tiennent de la loi de 1871 : nous voulons parler du déclassement général des routes départementales et de leur classement parmi les chemins vicinaux de grande communication.

II. La loi du 10 août 1871, dans son article 46 (§§ 6, 7, 8), donne aux conseils généraux le pouvoir de statuer définitivement « sur le classement et le déclassement des routes départementales et des chemins vicinaux de grande communication et d'intérêt commun ». Plusieurs conseils généraux ont pensé que cette disposition les autorisait à déclasser en bloc toutes les routes départementales pour les classer ensuite comme chemins vicinaux.

Dès l'année 1874, cette mesure était déjà adoptée dans

[1] Pour les renseignements statistiques, voir Circulaire du ministre de l'intérieur du 18 octobre 1874.

Digitized by Google

quatorze départements[1]. Elle n'a été dans chacun d'eux qu'un moyen ingénieux de réaliser une combinaison financière. En effet, le passage des routes départementales dans la voirie vicinale a eu pour conséquence de décharger le budget du département de leur entretien, de mettre ces routes à la charge des communes, et de les faire bénéficier des ressources que la loi du 21 mai 1836 a spécialement établies en faveur des chemins vicinaux; ressources qui consistent en centimes additionnels, en prestations et en subventions industrielles.

III. Il est certainement permis de s'étonner qu'une mesure aussi grave n'ait pas rencontré plus de résistance dans son application. Par son caractère de généralité, et en dehors d'une disposition formelle de la loi, n'apparaît-elle pas comme un empiétement sur le pouvoir législatif? Le rôle de l'administration ne se trouve-t-il pas singulièrement amoindri? Des communes ne sont-elles pas grevées de nouvelles charges? Des industriels ne sont-ils pas assujettis à des subventions dont jusqu'à ce jour ils avaient été exempts? Et cependant l'administration a laissé faire, que dis-je? elle a encouragé les conseils généraux, et c'est à peine si quelques communes et quelques industriels ont cru devoir protester[2].

IV. Des quatorze conseils généraux qui ont prononcé le déclassement des routes départementales, deux seulement, du moins à notre connaissance, ont vu leurs délibérations déférées au Conseil d'État pour excès de pouvoirs. Les recours ainsi formés ont été rejetés par des arrêts dont il importe de faire connaître la teneur au début de cette étude.

[1] Aisne, Gironde, Calvados, Cher, Côtes-du-Nord, Indre-et-Loire, Orne, Deux-Sèvres, Vosges, Eure-et-Loir, Belfort, Oise, Pas-de-Calais, Yonne.

[2] La *Société des agriculteurs de France*, à l'une de ses séances de février 1875, s'est incidemment préoccupée de la question à l'occasion d'un projet de vœu tendant à ce que « la loi de 1836 soit modifiée dans un sens favorable aux industries qui se rattachent à l'agriculture ». Pour le compte rendu de la discussion, qui ne se trouve pas dans le Bulletin de cette Société, voir *Annales des conducteurs des ponts et chaussées*, numéro de mai 1875, 1re partie, p. 67; — Rapp, *Note sur la révision de la loi de* 1836; — Bulletin des séances de la *Société centrale d'agriculture de France*, 1875, mars, p. 188.

Digitized by Google

1° *Recours contre la délibération du conseil général du Calvados. — Arrêt du Conseil d'État du* 10 *novembre* 1876 (*ville de Bayeux*).

Dans les sessions de 1872 et 1873, le conseil général du Calvados prononça le déclassement de toutes les routes départementales et les classa sous la dénomination de chemins de grande communication de 1re classe, pour être administrées conformément aux lois et règlements en vigueur pour les chemins de grande communication.

Lors de la répartition des contingents en 1874, la commune de Bayeux fut invitée à faire figurer dans son *budget des dépenses de la vicinalité*, une somme de 3,574 francs pour sa contribution à l'entretien des routes départementales déclassées et reclassées dans la grande vicinalité. Le conseil municipal refusa de voter cette somme. Le préfet prit alors le parti de l'imposer d'office par un arrêté rendu conformément à l'article 5 de la loi du 21 mai 1836.

La commune de Bayeux déféra cet arrêté au Conseil d'État qui, à la date du 10 novembre 1876 rendit l'arrêt suivant :

« Le Conseil d'État : — Vu les lois des 21 mai 1836 et « 10 août 1871 ; — Vu le décret du 16 décembre 1811 et la « loi du 20 mars 1835 ;

« Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 46 de « la loi du 10 août 1871, le conseil général statue définitive- « ment sur le déclassement des routes départementales, et « que, si la loi du 20 mars 1835 exige que le classement des « voies de cette catégorie soit précédé d'une enquête, aucune « disposition de loi ni de règlement n'a exigé que le déclas- « sement soit précédé de cette formalité ;

« Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 46 « précité, le conseil général statue également sur le classe- « ment des chemins vicinaux de grande communication, « sans être tenu à aucune formalité préalable, autre que « l'avis des conseils compétents ; — Que les routes départe- « mentales nos 5, 6, 12 et 26 ont été déclassées par la déli- « bération du conseil général du Calvados, du 27 août 1872, « et que le classement de ces voies comme chemins vicinaux « de grande communication a été prononcé par la délibéra- « tion du 23 août 1873, après que les conseils compétents,

Digitized by Google

« et notamment le conseil municipal de la ville de Bayeux, « avaient été consultés ; que si cette dernière délibération « donne à ces voies la qualification de chemins de grande « communication de première classe, elle porte qu'elles « seront administrées conformément aux lois et règlements « en vigueur pour les chemins de grande communication ;— « que la ville ne peut se prévaloir de ce que le déclassement « des routes départementales nos 5, 6, 12 et 26 et le classe- « ment de ces voies comme chemins de grande communica- « tion auraient fait partie d'une mesure générale, pour « soutenir que ces opérations ne peuvent avoir pour effet de « la soumettre aux obligations résultant pour elle de l'ar- « ticle 7 de la loi du 21 mai 1836 :

« Art. 1er. — La requête de la ville de Bayeux est rejetée. »

2° *Recours contre la délibération du conseil général de l'Oise. — Arrêt du Conseil d'État du 5 janvier 1877 (Beaumini et autres).*

La délibération du conseil général de l'Oise, qui a prononcé le déclassement général des routes départementales, a fait l'objet d'un recours au Conseil d'État pour excès de pouvoirs, de la part de plusieurs fabricants de sucre, MM. Beaumini et autres. Ces fabricants agissaient tant comme contribuables que comme propriétaires d'établissements industriels passibles de subventions spéciales. Leur recours a été rejeté par arrêt du 5 janvier 1877, ainsi conçu :

« Le Conseil d'État : — Vu la loi des 7-14 octobre 1790 « et celle du 24 mai 1872 ; — Vu la loi du 21 mai 1836 et la « loi du 10 août 1871, article 46, §§ 6, 7 et 8 ; — Vu le « décret du 16 décembre 1811 ;

« Considérant que, par la délibération attaquée, le conseil « général a déclassé toutes les routes départementales du « département de l'Oise, et les a classées comme chemins « vicinaux de grande communication ; que les requérants, « en tant que contribuables, ne justifient pas d'un intérêt « direct et personnel qui leur donne qualité pour attaquer « cette délibération pour excès de pouvoirs ; qu'en tant que « propriétaires d'établissements industriels, passibles des « subventions établies par l'article 14 de la loi ci-dessus « visée du 21 mai 1836, c'est seulement à l'occasion des sub- « ventions qui leur seraient réclamées, que les requérants

Digitized by Google

« pourraient être admis à constester la régularité du clas-
« sement des chemins, pour l'entretien desquels des sub-
« ventions leur seraient réclamées; que de ce qui précède il
« résulte que les requérants ne sont pas recevables à déférer
« au Conseil d'État, la délibération ci-dessus visée par ap-
« plication des lois des 7 octobre 1790 et 24 mai 1872:

« Art. 1er. — La requête des sieurs Beaumini et autres est
« rejetée. »

3° *Autres recours contre la délibération du conseil général de l'Oise. — Arrêts des* 26 *janvier, Massignon et Dufour; —* 2 *mars, Desmarets, Delahaye et Cie; —* 27 *avril* 1877, *Labruyère et Cie.*

A l'occasion des subventions qui leur furent réclamées pour dégradations extraordinaires causées sur des routes départementales déclassées, divers industriels, sans contester le chiffre de ces subventions, ont également attaqué pour excès de pouvoirs la délibération du conseil général de l'Oise. Leurs requêtes furent rejetées par le même motif :

« Considérant, disent les arrêts, que les requérants, d'une
« part, n'allèguent pas qu'aucune des formalités d'instruc-
« tion prescrites par les lois et règlements ait été omise ;
« que, d'autre part, ils ne sauraient se prévaloir de ce que
« le déclassement de ladite route départementale et son
« classement comme chemin de grande communication,
« auraient fait partie d'une mesure générale pour demander
« la décharge de la subvention spéciale qui leur est ré-
« clamée par application de l'article 14 de la loi du
« 21 mai 1836. »

V. La lecture de ces arrêts donne lieu à une première observation. On est surpris de n'y rencontrer aucun considérant sur la véritable question en litige. Le Conseil d'État ne nous dit pas si, oui ou non, les conseils généraux ont le pouvoir de déclasser en bloc toutes les routes départementales pour les classer comme chemins vicinaux. Il semble au contraire avoir évité de se prononcer. Il se contente de débouter les requérants par de simples fins de non-recevoir, d'ailleurs fort discutables, et qui ont surtout le tort de paraître contradictoires. Aux uns il répond que comme contribuables ils ne justifient pas d'un intérêt direct et personnel, et que, comme industriels, c'est seulement à l'occasion des subventions qui leur seront réclamées qu'ils seront admis à contester la régu-

Digitized by Google

larité du déclassement. Aux autres qui précisément ont attendu cette occasion pour introduire leur recours, il déclare qu'ils ne peuvent se prévaloir de ce que le déclassement de la route départementale aurait fait partie d'une mesure générale pour demander la décharge des subventions qui leur sont réclamées au sujet de cette route devenue chemin vicinal.

De bonne foi, sont-ce là des raisons suffisantes? Pourquoi ces subtilités et ces détours? N'eût-il pas été préférable d'aller droit au but et de trancher nettement la question? Quelle qu'en ait été la solution, elle aurait au moins mis fin à toutes les incertitudes et coupé court aux difficultés que celles-ci peuvent occasionner dans la pratique. On ne saurait trop regretter de pareilles réticences, qu'il n'est pas rare de rencontrer sur les questions les plus graves, dans les décisions suprêmes du Conseil d'État ou de la Cour de cassation.

Cela dit, et l'on nous pardonnera sans doute d'être entré dans cet ordre de considérations, recherchons la doctrine qui se dégage des arrêts du Conseil d'État.

VI. Deux questions étaient à résoudre : Les requérants étaient-ils recevables à attaquer la délibération du conseil général ?

En cas d'affirmative, le conseil général avait-il excédé ses pouvoirs en déclassant par mesure générale toutes les routes départementales ?

Un mot seulement sur la recevabilité. Nous avons dit que les fins de non-recevoir opposées aux requérants étaient fort contestables. En effet, le Conseil d'État déclare que les communes et les industriels ne peuvent pas se prévaloir de ce que le déclassement d'une route départementale aurait fait partie d'une mesure générale pour contester la légalité des contributions et des subventions qui leur sont réclamées à l'occasion de cette route. C'est tout simplement résoudre la question par la question. Les requérants n'excipaient pas seulement de ce que le déclassement de telle route déterminée avait fait partie d'une mesure génerale; ils soutenaient que cette mesure générale elle-même était illégale et que par suite illégales aussi étaient ses conséquences. Étaient-ils recevables à attaquer cette mesure générale? Voilà comment se posait la question de recevabilité. Ainsi posée, elle ne pa-

Digitized by Google

rait pas devoir faire difficulté. Il est bien certain que les délibérations des conseils généraux, en matière de classement ou de déclassement des routes et chemins, peuvent être l'objet de la part des particuliers d'un recours pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'État. La jurisprudence en fournit de nombreux exemples.

Objectera-t-on que la loi du 10 août 1871 a institué, comme seule voie de recours contre les délibérations des conseils généraux, la demande en annulation formée par le préfet, non pas devant le Conseil d'État statuant au contentieux, comme cela a lieu pour les décisions de la commission départementale, mais devant le chef de l'État statuant par voie de décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique (art. 47 et 88)? Cette objection ne serait pas fondée; car rien dans la loi n'indique que le législateur, en organisant le recours du préfet dans un intérêt gouvernemental, ait entendu priver les particuliers, dont les droits sont lésés par la délibération d'un conseil général, du recours pour excès de pouvoirs par la voie contentieuse. Il serait contraire au principe de l'organisation des pouvoirs en France qu'une autorité locale excédât la limite de ses attributions au préjudice d'un particulier sans un recours possible de ce dernier. Le conseil général, dans le cas où il a un pouvoir propre, par exemple lorsqu'il déclasse une route ou classe un chemin, agit comme « corps administratif »; et, à ce titre, ses actes sont susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État, en vertu du principe général établi par la loi des 7-14 octobre 1790[1].

Le caractère général de la délibération qui a prononcé le déclassement des routes départementales n'est pas davantage un obstacle à ce qu'elle soit susceptible d'un recours de la part des particuliers. Sans doute les particuliers ne peuvent pas déférer une délibération au conseil général, même pour excès de pouvoir, par cela seul qu'elle prescrit une mesure générale. Ils doivent attendre, pour porter leur réclamation devant l'autorité compétente, qu'il leur ait été fait applica-

[1] Loi du 24 mai 1872, art. 9 : MM. Aucoc, *Conférences de droit administratif*, t. I, n° 352; Dufour, t. II, n° 265; Serrigny, t. I, n° 234; Conseil d'État, 19 février 1840; *id.*, 16 mars 1850 (*commune de Tagnon*).

Digitized by Google

tion spéciale de cette délibération. Mais alors ils sont recevables à la déférer au Conseil d'État pour excès de pouvoir. Il suffit qu'ils aient intérêt et qualité pour agir. Or, dans les espèces en question, les requérants étaient une commune et des industriels auxquels on imposait une contribution et des subventions à raison des routes déclassées. Ils avaient donc qualité. Quant à leur intérêt, il était manifeste. Ils avaient certainement intérêt à faire annuler une mesure en vertu de laquelle ils se trouvaient désormais grevés de charges dont, jusqu'ici, ils avaient été exempts. Dans ces conditions, leurs recours étaient donc recevables.

Le Conseil d'État a lui-même plusieurs fois reconnu ce principe de la recevabilité du recours pour excès de pouvoir intenté par un particulier contre une décision administrative prescrivant une mesure générale qui lui porte préjudice. Et il vient encore de le consacrer tout récemment à l'occasion d'une affaire sur laquelle nous aurons à revenir[1].

D'ailleurs, cette question de la recevabilité n'est que secondaire. En la traitant, nous avons seulement voulu justifier notre appréciation sur le mérite de la fin de non-recevoir opposée aux requérants.

VII. Quant à la question de savoir si les conseils généraux ont excédé leurs pouvoirs en déclassant par mesure générale toutes les routes départementales, nous avons fait remarquer plus haut que les arrêts précités du Conseil d'État ne contenaient aucun considérant ayant directement trait à cette question. Et cependant ce serait se faire illusion que de croire qu'ils ne la préjugent point. Si l'on prend la peine de lire entre les fins de non-recevoir par lesquelles ils rejettent les recours, il est facile de voir qu'ils consacrent implicitement le droit pour les conseils généraux d'opérer le déclassement des routes départementales par voie de mesure générale. C'est là un point qu'il nous paraît impossible de méconnaître. Si, d'ailleurs, on avait quelque doute à cet égard, il suffirait, pour le dissiper, de rappeler que M. le ministre de l'intérieur, dans ses avis, s'est formellement prononcé pour la légalité du déclassement général[2], et que

[1] Conseil d'État, 1er février 1878 (*Robert*); *id.*, 15 décembre 1853 (*Gilbert*); Serrigny, t. I, n° 229.

[2] *Note sous arrêt du 5 janvier* 1877, Lebon, p. 7.

Digitized by Google

M. Aucoc professe la même doctrine, non sans faire, il est vrai, quelques réserves[1]. Enfin, cette doctrine est consacrée par une pratique de plusieurs années ; elle a reçu pour ainsi dire la sanction du fait accompli. C'est donc cette doctrine qu'il importe aujourd'hui d'examiner, et non le plus ou moins de portée des arrêts du Conseil d'État.

Cet examen fera l'objet des paragraphes suivants.

II

VIII. Le mérite d'une doctrine s'apprécie surtout par le résultat pratique auquel elle aboutit. Dans l'intérêt de la discussion, il importe de faire connaître ce résultat avant d'aborder l'étude des dispositions de la loi. En procédant ainsi, nous serons naturellement amené à rappeler des règles élémentaires en matière de voirie. Loin d'être un hors-d'œuvre, cet exposé nous servira à dégager l'esprit de la loi et à mettre en lumière les raisons qui militent en faveur de notre interprétation.

IX. L'effet immédiat du déclassement général des routes départementales et de leur classement parmi les chemins vicinaux est de soumettre toutes ces routes au régime de la vicinalité. De là des conséquences considérables qui tiennent à la diversité des règles applicables à ces deux classes de voies publiques[2].

On sait combien ces règles sont différentes :

Les routes départementales appartiennent à la grande voirie et les chemins vicinaux à la petite voirie.

La grande voirie est placée sous l'autorité du ministre des travaux publics et la petite voirie sous l'autorité du ministre de l'intérieur.

L'organisation du personnel administratif, les formes de l'expropriation pour cause d'utilité publique[3], les conditions

[1] M. Aucoc, t. III, n° 943.

[2] Voir à cet égard une intéressante étude de M. Fougerousse sur le déclassement des routes départementales, *Annales des chemins vicinaux*, numéro de janvier 1876.

[3] Lois du 3 mai 1841 et du 27 juillet 1870 ; — lois du 21 mai 1836 (15-16 et du 10 août 1871, art. 44.

Digitized by Google

des marchés pour l'exécution des travaux[1], les autorités chargées de statuer sur l'établissement et la direction de la voie, d'approuver les plans d'alignements et de délivrer les alignements individuels[2] sont différentes.

Différentes aussi sont les juridictions compétentes et les pénalités établies pour la répression des contraventions. En matière de grande voirie, les contraventions sont de la compétence des conseils de préfecture et sont passibles de peines édictées par les règlements antérieurs à 1789. En matière de petite voirie, au contraire, la connaissance des contraventions est attribuée aux tribunaux de simple police qui n'ont à appliquer que les peines établies par le Code pénal (C. inst. crim., art. 137; C. pén., art. 471 à 479).

En dehors des règles ordinaires de voirie, la loi du 10 août 1871 a édicté des dispositions différentes pour les routes départementales et les chemins vicinaux. Les chemins vicinaux sont, en outre, régis par une législation spéciale établie par la loi du 21 mai 1836. Cette loi les a répartis en trois classes, suivant leur degré d'utilité, savoir : chemins vicinaux de grande communication, chemins vicinaux d'intérêt commun, chemins vicinaux ordinaires.

X. Ces quelques comparaisons permettent déjà de voir à quelles modifications aboutit la conversion des routes départementales en chemins vicinaux. Mais les conséquencse de cette mesure apparaissent avec toute leur gravité lorsqu'on les considère au point de vue de la propriété du sol et du régime financier.

Les routes départementales font partie du domaine public du département. Les chemins vicinaux appartiennent au domaine public communal. Par suite de leur classement parmi les chemins vicinaux, les routes départementales doivent donc cesser de faire partie du domaine public départemental pour passer dans le domaine public communal. Leur sol devient la propriété des communes sur le territoire desquelles elles sont situées.

Mais les conseils généraux n'ont point accepté cette con-

[1] Lois du 28 avril 1816 et du 23 août 1871; — lois des 31 mai 1836, 23 août 1871 et 28 février 1872.

[2] Loi du 10 août 1871; — loi du 4 mai 1864.

Digitized by Google

séquence. Dans leurs délibérations, ils ont expressément « réservé le droit des départements sur le sol des anciennes routes déclassées ».

Cette réserve est absolument incompatible avec les effets légaux du classement parmi les chemins vicinaux. Les chemins vicinaux légalement reconnus sont la propriété des communes. Dès qu'une voie est classée dans le réseau de la vicinalité, elle entre nécessairement dans le domaine communal.

Ce principe n'a pas seulement été proclamé par un arrêté consulaire du 24 vendémiaire an XI. Il est écrit dans l'article 15 de la loi du 21 mai 1836, aux termes duquel la déclaration de vicinalité d'un chemin existant attribue définitivement à la commune la propriété du sol de ce chemin[1].

Il résulte enfin de la loi du 24 mai 1842, relative aux portions de routes royales déclassées et dont les dispositions ont toujours été étendues aux routes départementales[2]. D'après l'article 4 de cette loi, la route déclassée et classée parmi les chemins vicinaux devient dans toute sa largeur la propriété de la commune, qui peut aliéner à son profit les parcelles de terrain qui ne font plus partie de la nouvelle voie de communication.

En présence de ces dispositions, le droit de propriété des communes sur les routes classées comme chemins vicinaux ne nous paraît pas contestable. On l'a cependant contesté.

Les conseils généraux, a dit M. le ministre de l'intérieur dans une note relative à l'une des affaires précitées, peuvent faire pour les routes départementales ce qui a été fait en 1811 pour les routes impériales de troisième classe. Par décret du 16 décembre 1811, le gouvernement mit l'entretien de ces routes à la charge des départements et créa ainsi le réseau des routes départementales. Ce classement n'a pas eu pour effet de transporter les anciennes routes impériales dans le domaine public départemental. Quelques doutes s'étant élevés sur ce point, la question fut soumise au Conseil d'État,

[1] Comp. art. 44 et 86 de la loi du 10 août 1871.

[2] Loi du 16 septembre 1807, art. 53; — loi du 2 mai 1841, art. 61; — loi du 21 mai 1836, art. 19. — MM. Aucoc, t. III, n° 1088; Herman, *Traité d'administration départementale*, t. I, n° 290; Husson, *Traité des travaux publics et de la voirie*, p. 535; Feraud-Girand, *Traité de la voirie*, n° 581.

Digitized by Google

qui, par avis du 27 août 1834, a déclaré que le décret de 1811 n'avait point concédé aux départements la propriété du sol. Cela est si vrai qu'il a fallu une disposition spéciale de la loi de 1871 (art. 59) pour comprendre définitivement parmi les propriétés départementales les anciennes routes impériales de troisième classe mises à la charge des départements par le décret de 1811. En déclassant les routes départementales pour les faire passer dans le régime vicinal, les conseils généraux ont voulu faire une œuvre analogue à celle que le décret de 1811 a réalisée. Ils n'ont pas voulu porter atteinte au domaine du département, qui conserve la propriété du sol, à moins que, par des dispositions formelles, cette propriété n'ait été aliénée. En fait, le conseil général n'a consenti qu'une sorte de « droit d'usage »; les communes ne sont qu' « usufruitières » à charge d'entretien[1].

Cette théorie du ministre de l'intérieur n'est pas admissible. Il n'est pas vrai de dire que les conseils généraux peuvent faire, sous la loi de 1871, ce que le gouvernement pouvait faire ou faisait en 1811. Les législations de ces deux époques et les prérogatives de ces deux pouvoirs sont trop différentes pour qu'on puisse raisonner par analogie.

Quant à l'avis du Conseil d'État de 1834, il s'explique suffisamment par cette raison qu'il était difficile de reconnaître un droit de propriété aux départements à une époque où ils n'étaient encore que des circonscriptions administratives sans aucune personnalité civile.

Ce caractère leur a été reconnu par la loi du 10 mai 1838. A partir de cette époque, la question est devenue douteuse, et, par une circulaire du 21 novembre 1842, le ministre des finances a même abandonné les droits de l'État au profit des départements.

Enfin, la loi du 10 août 1871, dans son article 59, n'a pas eu pour but d'attribuer aux départements une propriété nouvelle; elle a seulement voulu que désormais le droit des départements ne fût plus contesté[2].

Dans ces conditions, l'interprétation que le décret de 1811 a pu recevoir jadis ne peut donc pas justifier la théorie

[1] *Note du ministre de l'intérieur*, Lebon, 1877, p. 7.
[2] Rapport de M. Waddington, art. 59.

Digitized by Google

actuelle du ministre de l'intérieur. Elle ne saurait autoriser les conseils généraux à restreindre les effets légaux attachés au classement des routes départementales parmi les chemins vicinaux, et à empêcher ainsi l'application du principe qui attribue aux communes la propriété des chemins vicinaux.

D'ailleurs, en insistant pour défendre le droit de propriété des départements, on ne prend pas garde qu'on fait encore davantage ressortir l'illégalité du classement général des routes départementales comme chemins vicinaux, tel que ces assemblées l'ont pratiqué. Admettons que ce classement général soit permis par la loi, ce ne peut être évidemment qu'à la condition de produire les mêmes effets que le classement ordinaire. Or, nous savons qu'aux termes de la loi, le classement d'une route parmi les chemins vicinaux a pour effet de faire passer cette route dans le domaine public communal. Les conseils généraux n'ont pas le pouvoir de suspendre l'application de cette règle, en réservant la propriété des routes qu'ils classent parmi les chemins vicinaux, et « de créer ainsi entre les routes départementales et « les chemins vicinaux, tels qu'ils sont organisés par la loi, « des voies de communication d'une catégorie nouvelle à « certains égards ». Le Conseil d'État a décidé qu'une délibération semblable était entachée d'excès de pouvoir[1].

XI. Mais si les conseils généraux ont pris soin de réserver expressément aux départements la propriété du sol des routes déclassées, ils n'ont donc pas voulu faire un véritable déclassement. Le déclassement général des routes départementales n'a donc pas été motivé par le fait que ces routes auraient perdu leur caractère d'utilité départementale. Non; ce déclassement est purement fictif et n'a d'autre but que de déguiser une combinaison financière.

Les routes départementales sont à la charge des départements, qui pourvoient à leur entretien à l'aide des ressources de leur budget ordinaire[2]. Les chemins vicinaux, au contraire, sont à la charge des communes. La loi du 21 mai 1836 a organisé un système de ressources spécialement affectées à leur entretien. D'après cette loi, en cas d'insuffisance des

[1] M. Aucoc, t. I, n° 144, p. 196.
[2] Loi du 10 mai 1838, art. 12; — loi du 10 août 1871.

Digitized by Google

ressources ordinaires des communes, il est pourvu à l'entretien des chemins vicinaux à l'aide, soit de prestations en nature, soit de centimes spéciaux en addition au principal des quatre contributions directes, soit de subventions spéciales acquittées par les propriétaires ou entrepreneurs en cas de dégradations extraordinaires résultant d'exploitations de mines, de carrières, de forêts ou de toute entreprise industrielle[1].

En déclassant toutes les routes départementales et en les classant parmi les chemins vicinaux, les conseils généraux ont voulu exonérer les départements des dépenses d'entretien qui leur incombaient pour mettre ces dépenses à la charge des communes et leur appliquer les ressources spéciales créées pour l'entretien des chemins vicinaux.

Une pareille mesure modifie profondément l'économie du régime financier des départements et des communes, tel qu'il a été organisé par la loi. Un article de dépenses important est supprimé du budget départemental pour être reporté au budget communal, sans que les recettes de l'un aient été diminuées, ni les recettes de l'autre augmentées. De nouvelles charges sont imposées aux communes qui ont déjà bien de la peine à subvenir aux dépenses de leurs chemins vicinaux, et qui le plus souvent sont obligées de s'imposer extraordinairement ou d'avoir recours aux subventions et aux emprunts.

Enfin, les ressources spécialement affectées aux chemins vicinaux sont appliquées aux routes départementales.

Cette conséquence est d'une gravité exceptionnelle.

En principe, les ressources de la vicinalité ne peuvent être appliquées légalement qu'aux chemins vicinaux. Il n'a été fait exception à cette règle que dans trois cas, sur lesquels le législateur s'est nettement expliqué. Ainsi, la loi du 12 juillet 1865 autorise les communes et les départements à affecter une partie des ressources vicinales aux dépenses des chemins de fer d'intérêt local; la loi du 21 juillet 1870 permet aux communes d'appliquer aux chemins publics ruraux les prestations disponibles; et la loi du 10 août 1871 (art. 60) donne aux départements, qui, pour assurer le service des

[1] *Adde* lois du 11 juillet 1868 et du 25 juillet 1873.

Digitized by Google

chemins vicinaux, n'ont pas besoin de faire emploi de la totalité des centimes spéciaux établis en vertu de la loi de 1836, la faculté d'appliquer le surplus aux autres dépenses de leur budget ordinaire, Ces exceptions montrent combien est formelle la volonté du législateur de restreindre aux chemins vicinaux l'emploi des ressources vicinales, et d'empêcher que ces ressources ne soient directement ou indirectement détournées de leur destination.

Le déclassement général des routes départementales n'aboutit pas seulement à une infraction à cette règle. Il crée une véritable augmentation d'impôts. Le chiffre des centimes spéciaux devra être plus élevé. Les prestations qui ne devaient être exigées que pour les chemins dont les prestataires se servent le plus habituellement, le seront désormais pour des routes qu'ils fréquentent moins souvent. Au lieu d'atténuer, on rend plus lourd cet impôt si peu équitable et dont la suppression a été tant de fois demandée par des esprits libéraux. Enfin, l'impôt des subventions industrielles qui a donné lieu à tant de réclamations, qui est si peu favorable au développement de l'industrie rurale, est rendu plus onéreux. Jusqu'ici les industriels n'avaient à payer des subventions que pour les chemins vicinaux, ils seront maintenant passibles de subventions pour toutes les routes départementales.

XII. Ainsi, le législateur a organisé la hiérarchie des voies publiques d'après la hiérarchie des intérêts. Il a soumis chaque classe à des règles distinctes; et il suffira d'une simple délibération d'un conseil général pour bouleverser d'un coup toute cette organisation[1]. La loi a mis les routes départementales à la charge des départements; et les conseils généraux, qui exercent auprès des communes des pouvoirs de tutelle, useront de ces pouvoirs pour mettre à la charge des communes les dépenses qui incombent aux départements. Le législateur a créé un système d'impôts exclu-

[1] D'après l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 novembre 1876 (*ville de Bayeux*), une enquête, qui est exigée pour le classement du moindre tronçon de route départementale, ne l'est pas pour le déclassement de toutes les routes départementales. Les ministres de l'intérieur et des travaux publics avaient pensé le contraire. Circulaires des 4 août 1866 (D., 66, 3, 90 et 111), et des 8 et 14 octobre 1871 (D., 71, 4, 111) et des 23 septembre 1872.

Digitized by Google

sivement destinés à l'entretien des chemins vicinaux. Les conseils généraux n'auront qu'à changer l'inscription des poteaux indicateurs des routes départementales, et immédiatement ils pourront prélever, pour entretenir ces routes, les impôts de la vicinalité. Enfin, par l'effet du pouvoir discrétionnaire des conseils généraux, le régime des voies publiques ne variera plus suivant leur classe, mais suivant les départements sur le territoire desquels elles seront situées.

Voilà les conséquences auxquelles aboutit le déclassement systématique des routes départementales. Le pouvoir de prendre une mesure qui porte si gravement atteinte à l'unité de la législation, n'a pu être donné aux conseils généraux que par une disposition formelle de la loi.

La loi contient-elle cette disposition? C'est ce que nous devons maintenant rechercher.

III

XIII. La difficulté est née de l'apparente généralité de la disposition par laquelle la loi du 10 août 1871 donne au conseil général le pouvoir de statuer définitivement « sur le « déclassement des routes départementales » et « le clas- « sement des chemins vicinaux de grande communication ».

Ce pouvoir est sans limites, disent les partisans de la légalité du déclassement en masse des routes départementales. La loi n'établit aucune distinction entre le déclassement d'une route déterminée et le déclassement d'une catégorie entière de voies publiques. Ce que les conseils généraux peuvent faire pour chaque route prise isolément, on ne saurait les empêcher de le faire pour toutes les routes par voie de mesure générale. Au surplus, en déclassant les routes départementales pour les transformer en chemins vicinaux de grande communication, les conseils généraux y trouvent de grands avantages. Ils n'ont plus à suivre qu'une même législation pour toutes les voies publiques autres que les routes nationales; ils peuvent appliquer aux routes départementales les ressources spécialement établies pour les chemins vicinaux, et réunir les unes et les autres en un seul service pouvant être confié, soit aux agents voyers, soit aux ingénieurs des ponts et chaussées.

Nous ne contestons pas ces avantages. Fussent-ils encore

Digitized by Google

plus grands, ils ne suffiraient pas pour justifier l'interprétation que l'on donne à l'article 46 de la loi de 1871. Nous croyons en effet qu'il n'est pas exact de dire que cet article, par la généralité de ses termes, donne aux conseils généraux le pouvoir de prononcer le déclassement en masse de toutes les routes départementales et de les classer ensuite comme chemins vicinaux de grande communication.

Une telle interprétation nous paraît contraire aux précédents et à l'esprit de la loi du 10 août 1871, aux règles fondamentales en matière de voirie, et aux principes de notre droit public.

XIV. Cette interprétation est d'abord contraire aux précédents. On chercherait en vain, dans la législation antérieure à la loi de 1871, une disposition attribuant explicitement ou implicitement aux conseils généraux, le pouvoir de prononcer par mesure générale le déclassement des routes départementales et leur classement comme chemins vicinaux de grande communication.

La classification des routes en routes nationales et départementales a été faite par le décret du 16 décembre 1811, qui a constitué le réseau des routes départementales avec les routes connues jusqu'alors sous le nom de *routes de troisième classe*.

D'après ce décret, le pouvoir de classer et déclasser les routes départementales appartenait au chef de l'État, après délibération du conseil général.

La loi du 10 mai 1838 étendit les pouvoirs des conseils généraux. Elle leur laissa l'initiative du classement des routes départementales, en subordonnant toutefois leur délibération à l'approbation de l'autorité supérieure (art. 4 et 5).

La loi du 18 juillet 1866 a profondément modifié les dispositions de la loi de 1838. Elle a, on peut le dire, posé les bases de l'organisation actuelle, en augmentant dans une large mesure les attributions des conseils généraux, et surtout en leur donnant pour la première fois un pouvoir de décision propre sur un grand nombre de matières d'intérêt exclusivement départemental. Aussi, au point de vue qui nous occupe, son système est-il intéressant à étudier, d'autant plus qu'il constituait l'état de la législation lorsque la loi de 1871 a été rendue.

Digitized by Google

Cette loi du 18 juillet 1866 donnait notamment aux conseils généraux le pouvoir de statuer définitivement « sur le classement et le déclassement des routes départementales et des chemins vicinaux de grande communication, lorsque leur tracé ne se prolongeait pas sur le territoire d'un autre département ». (Art. 1, §§ 6, 7, 9.)

Quelle était l'étendue de cette disposition? Donnait-elle aux conseils généraux, dans les limites qu'elle fixait, le pouvoir de déclasser par mesure générale toutes les routes départementales pour les classer du même coup comme chemins vicinaux de grande communication? Si l'on consulte les travaux préparatoires de la loi et les circulaires ministérielles du 4 août 1866, qui en ont été les premiers commentaires, on ne trouve rien qui puisse faire présumer que la question ait été même entrevue. Au contraire, ces documents ne s'occupent que de l'hypothèse d'une mesure de détail concernant tout ou partie d'une route déterminée.

D'ailleurs, en fait, sous l'empire de la loi de 1866, aucun déclassement général n'a eu lieu, et si des tentatives ont été faites par les conseils généraux, ceux-ci ont vu leurs délibérations annulées par le Conseil d'État pour excès de pouvoir[1].

Aussi peut-on dire, sans la moindre hésitation, que malgré la généralité des termes de l'article 1er de la loi du 18 juillet 1866, les conseils généraux n'avaient pas, sous l'empire de cette loi, le pouvoir de déclasser en masse toutes les routes départementales pour les classer comme chemins vicinaux.

XV. Ce point acquis au débat, voyons en quoi ont consisté les innovations de la loi du 10 août 1871, relativement aux routes départementales.

Elle a innové : 1° en donnant aux conseils généraux le pouvoir de classer et de déclasser les routes départementales, sans distinction entre les routes comprises seulement dans l'étendue du département et celles dont le tracé se prolonge sur le territoire d'un ou plusieurs autres départements, sauf toutefois pour ces dernières l'accord des conseils généraux

[1] M. Aucoc, t. I, n° 144, p. 196; t. III, n° 943.

Digitized by Google

intéressés[1]; — 2° en laissant aux conseils généraux la faculté de désigner les services qui seront chargés de la construction ou de l'entretien des routes départementales.

Mais là se bornent les innovations de la loi de 1871 sur le régime administratif des routes départementales. Pour le surplus, elle applique le système de la loi du 18 juillet 1866. Cette loi donnait aux conseils généraux le pouvoir de « statuer définitivement sur le classement et le déclassement des routes départementales ». La loi de 1871 a reproduit les mêmes expressions, et si elle n'y a rien ajouté de plus, c'est qu'apparemment elle entendait leur conserver la même portée. Or, nous avons vu que dans la loi de 1866 cette disposition ne donnait aux conseils généraux le pouvoir de statuer que sur des cas déterminés. Pourquoi dans la loi de 1871 leur donnerait-elle le droit de prendre des mesures générales? S'il avait dû en être ainsi, il est présumable que le législateur s'en serait expliqué, sinon dans le texte de la loi, du moins dans les travaux préparatoires. Une innovation aussi grave n'aurait certainement pas été consacrée sans avoir donné lieu à des explications, soit au sein de la commission, soit en séance publique. Or il n'en a même pas été question. Le rapport ne fait qu'indiquer la modification apportée par le projet de loi, dans le § 8 de l'article 46, au système de la loi de 1866, en ce qui touche les routes départementales dont le tracé se prolonge sur le territoire d'un autre département. A la Chambre, cette disposition n'a donné lieu qu'à une courte discussion sur la question de savoir si, pour le déclassement desdites routes, l'assentiment des conseils généraux interessés devait être exigé. Cet assentiment a été reconnu nécessaire sur les observations du ministre des travaux publics et de M. Batbie, qui signalèrent l'étendue du mot « déclassement » en matière de voirie, et firent remarquer que cette opération pouvait aller jusqu'à la suppression de la route. On peut même dire qu'en tenant compte de ces observations, la Chambre a indiqué qu'elle n'entendait pas donner aux conseils généraux un pouvoir sans limites.

Bien plus, dans son rapport, M. Waddington proclame la

[1] Art. 46, §§ 6, 7 et 8; art. 89 et 90. Avis du Conseil d'État du 9 août 1875.

Digitized by Google

nécessité d'assurer l'entretien du réseau des routes départementales. Cette préoccupation du législateur ne semble guère compatible avec le pouvoir qui serait laissé aux conseils généraux de supprimer totalement ce réseau.

Il est vrai qu'à propos de la désignation du service chargé des routes départementales, M. Waddington parle de mesures d'ensemble, de l'avantage qu'il y aurait à convertir une *partie* des routes départementales en chemins vicinaux de grande communication ; à classer un grand nombre de routes nationales sur lesquelles la circulation a beaucoup diminué pour les *transférer* aux départements qui les classeraient soit parmi les routes départementales, soit dans la vicinalité ; mais c'est seulement pour signaler l'utilité d'une nouvelle classification des voies de communication. Ce travail, ajoute-t-il, nécessiterait des études sérieuses et des vues d'ensemble. Il exige du temps et de la réflexion et ne peut être improvisé à propos d'une loi, départementale. Seul le gouvernement peut l'entreprendre. Mais l'heure n'est pas encore venue de trancher cette grave question.

Enfin, l'économie générale de la loi de 1871, et l'examen comparatif des nombreux paragraphes de son article 46, indiquent que si elle a donné une large extension aux attributions des conseils généraux, si elle leur a donné pour une foule de matières un pouvoir de décision propre, c'est seulement sur les cas particuliers que font naitre les besoins de l'administration départementale [1].

Ainsi cette étude des travaux préparatoires et des dispositions de la loi du 10 août 1871 fournit une première preuve en faveur de notre doctrine. Elle nous révèle que le législateur de 1871, pas plus que celui de 1866, n'a eu la pensée de donner aux conseils généraux le pouvoir de déclasser par mesure générale toutes les routes départementales pour les classer ensuite parmi les chemins vicinaux. Or, c'est une règle d'interprétation bien connue en matière législative, que les conséquences que la *lettre* de la loi semble autoriser doivent être rejetées lorsqu'elles ne sont pas conformes à son *esprit*. On méconnaît cette règle, quand on prétend que

[1] V. également circulaires du ministre de l'intérieur du 8 octobre 1871, et du ministre des travaux publics du 14 octobre 1871.

Digitized by Google

la généralité des termes de la loi de 1871 autorise les conseils généraux à déclasser en bloc toutes les routes départementales, alors que tout démontre, au contraire, que rien de semblable n'est entré dans les prévisions du législateur.

XVI. D'ailleurs, quand on invoque la généralité des termes de l'article 46 de la loi de 1871, on exagère singulièrement la portée juridique de ces expressions : classement et déclassement des routes.

Qu'est-ce donc que le classement et le déclassement en matière de voirie ?

Le législateur a établi trois classes de voies publiques : les routes nationales, les routes départementales et les chemins vicinaux. Ces trois classes répondent à des besoins différents. Nous savons que leurs règles, leurs ressources, les autorités qui les administrent sont différentes.

Classer une route existante ou projetée, c'est la faire entrer dans l'une de ces trois classes pour la soumettre au régime administratif de cette classe. Le déclassement, au contraire, est l'opération par laquelle une route en totalité ou en partie est rayée de la classe à laquelle elle appartient pour être ensuite, soit supprimée, si elle a cessé d'être utile, soit classée dans une classe supérieure ou inférieure, suivant que son utilité a augmenté ou diminué. Mais cette opération ne se conçoit que pour un cas particulier à telle ou telle route. La nécessité doit en être appréciée suivant les conditions spéciales de cette route, suivant les intérêts qu'elle dessert et les besoins auxquels elle correspond. Le conseil général statue sur le classement et le déclassement des routes départementales et des chemins vicinaux, c'est-à-dire qu'il apprécie souverainement à laquelle de ces deux classes chaque voie de communication doit appartenir. Il est juge de la nécessité des changements à apporter dans cette répartition. Une route, soit en totalité, soit sur une certaine partie de son tracé, a-t-elle perdu son caractère d'utilité départementale ? a-t-elle cessé de répondre à des besoins plus généraux que ceux de la circulation locale ? Le conseil général, après s'être éclairé sur cet état de choses et après avoir pris l'avis des conseils compétents, la déclasse et la range parmi les chemins vicinaux. Au contraire, l'importance d'un chemin vicinal a-t-elle augmenté ? Ce chemin

Digitized by Google

a-t-il pris un caractère d'intérêt départemental? Le conseil général en fait une route départementale. Voilà en quoi consiste la double opération du classement et du déclassement. Comme on voit, c'est une mesure spéciale s'appliquant à telle ou telle route déterminée.

Autre chose est la transformation de toutes les routes départementales en chemins vicinaux. Ce n'est plus un déclassement, c'est la suppression de toute une classe de voies publiques. Les conseils généraux ont reçu le pouvoir de déclasser les routes départementales, ils n'ont pas reçu celui de les supprimer.

Pour justifier une semblable mesure, on allègue que, depuis la création des chemins de fer, ces routes ont perdu leur caractère d'utilité départementale. Cette allégation est trop absolue. Une route peut perdre son caractère d'utilité départementale. Mais cela ne peut être vrai à la fois pour toutes les routes d'un même département. Ce caractère d'utilité départementale est, en effet, tout relatif. Bien que la circulation par voie de terre soit devenue moins active, il y aura toujours des routes plus fréquentées les unes que les autres, des routes d'un parcours plus étendu et desservant des localités plus importantes, des routes, enfin, d'intérêt départemental à côté d'autres routes n'ayant qu'un intérêt purement local. On se demande même comment il pourrait arriver qu'il n'y ait plus de routes présentant un intérêt départemental.

Au surplus, la création des chemins de fer a pu déplacer le mouvement de la circulation sur les routes, le diminuer même dans toute l'étendue du territoire. Mais cette circonstance ne peut être invoquée que pour montrer la nécessité d'une réforme législative qui mette le régime des voies publiques en rapport avec les conditions actuelles de la circulation. Tant que la loi reconnaîtra des routes nationales, des routes départementales et des chemins vicinaux, cette classification devra être respectée[1].

XVII. On objecte que les conseils généraux peuvent faire pour toute une catégorie de voies de communication ce

[1] V. rapport présenté au Sénat par le ministre des travaux publics à la séance du 16 mars 1869 (*Moniteur uniuersel* du 17 mars 1869).

Digitized by Google

qu'ils ont le droit de faire pour chacune de ces voies prise isolément. Nous avons déjà implicitement réfuté cette objection, en établissant que l'extension donnée au pouvoir des conseils généraux est contraire aux prévisions du législateur, et que le droit de classer et déclasser des voies de communication est essentiellement limité à des mesures de détail. Néanmoins, nous devons nous y arrêter un instant, parce qu'elle est l'argument capital de nos adversaires, et qu'envisagée en elle-même, elle nous paraît reposer sur une théorie aussi dangereuse qu'illégale.

Dangereuse, parce que cette théorie ouvre la porte à tous les abus de pouvoir, en permettant aux autorités administratives de statuer par voie de mesure générale dans des matières où elles n'ont qu'un pouvoir discrétionnaire pour chaque cas particulier.

Illégale, parce qu'elle est contraire au principe de la séparation des pouvoirs. En vertu de ce principe, les autorités administratives ne doivent pas empiéter sur le domaine du législateur. Or, il appartient essentiellement à ce dernier de prendre les mesures d'ensemble qui touchent à la répartition des pouvoirs, au système des impôts, à la condition des personnes ou des propriétés. Si, dans certains cas, de semblables mesures peuvent être prises par les autorités administratives, c'est toujours en vertu d'une délégation spéciale. Autrement ces autorités ne peuvent statuer que par voie de mesures individuelles. Bien qu'en certaines matières elles soient investies d'un pouvoir discrétionnaire, leur compétence ne va pas au delà de l'application de la loi générale à chaque cas particulier.

Ajoutons que, même en suivant les formes prescrites, elles ne peuvent user de ce pouvoir discrétionnaire dans un but et pour des motifs différents de ceux que le législateur a eus en vue[1].

XVIII. Dans une affaire récente à laquelle nous avons déjà fait allusion, le Conseil d'État a fait de ces principes une application remarquable qu'il n'est pas sans intérêt de faire connaître.

Le 15 juin 1877, le préfet de la Haute-Loire prit un arrêté

[1] M. Aucoc, t. I, n° 283; Conseil d'État, 7 juin 1865 (*Lesbats*).

Digitized by Google

général par lequel il déclarait nulles et non avenues toutes les autorisations antérieurement délivrées pour l'ouverture de cafés, cabarets ou débits de boissons dans le département et enjoignait aux propriétaires de ces établissements de se munir, dans un délai donné, d'autorisations nouvelles, sous peine de poursuites correctionnelles.

Cet arrêté qui, pour des raisons purement politiques, frappait toute une classe d'industriels, fut déféré au Conseil d'État par l'un des intéressés.

Par arrêt du 1er février 1878, le Conseil d'État a décidé que si le décret du 29 décembre 1851 attribuait au préfet le pouvoir d'ordonner la fermeture des cafés, cabarets et débits de boissons, ce pouvoir ne pouvait s'exercer que par mesures individuelles, dans les cas prévus par le décret, et non par mesure générale, pour des motifs autres que ceux que le décret a eus en vue. Il a, en conséquence, annulé pour excès de pouvoir l'arrêté du préfet de la Haute-Loire[1].

Les mêmes principes ne commandent-ils pas la même solution dans le cas qui nous occupe? Les matières sont différentes, dira-t-on. Qu'importe? Il ne faut s'attacher qu'au caractère des décisions rendues et ce caractère est le même. Ce qui est vrai des actes d'un agent administratif doit être également vrai des actes d'un conseil général agissant comme pouvoir administratif. Les uns et les autres sont susceptibles d'un recours pour excès de pouvoirs. Les conditions de l'excès de pouvoir ne sauraient être différentes.

XIX. Enfin, on prétend que notre doctrine revient à une question de forme, que les conseils généraux feront, par une série de mesures particulières, ce qu'ils ne pourront pas faire par une mesure générale, et arriveront ainsi au même résultat.

D'abord, il n'est pas permis de supposer que ces assemblées, de propos délibéré, chercheraient à réaliser par voie indirecte ce qu'elles sauraient ne pouvoir faire directement.

En outre, pour paraître régulier en la forme, le déclassement général opéré dans ces conditions n'en serait pas moins au fond contraire à la loi. Les abus de pouvoirs, faciles à

[1] V. le *Droit* du 2 février 1878; conclusions conformes du commissaire du gouvernement.

Digitized by Google

réprimer lorsqu'il s'agit de fonctionnaires placés sous le contrôle et l'autorité de l'administration supérieure, sont plus difficiles à atteindre lorsqu'il s'agit de corps électifs investis d'attributions propres. Mais cette difficulté ne saurait légalement donner la faculté de les commettre.

Non, tous les efforts de raisonnement ne feront pas que la loi du 10 août 1871 donne aux conseils généraux le pouvoir de déclasser par mesure générale toutes les routes départementales pour leur appliquer le régime des chemins vicinaux. Nous le répétons en terminant, cette doctrine est contraire aux précédents et à l'esprit de la loi; elle est contraire aux règles ordinaires de la voirie et aux principes généraux de notre droit public; elle aboutit à transformer tout le régime administratif et financier des voies de communication; elle crée, en un mot, une innovation considérable qui ne saurait être admise sans une disposition formelle de la loi.

XX. Mais qu'on ne se méprenne pas sur le sens de notre interprétation. Si nous demandons que la loi soit respectée, nous sommes loin de méconnaître les avantages que présenterait un régime uniforme pour toutes les voies publiques. La division de ces voies en routes nationales, routes départementales, chemins vicinaux et chemins ruraux avait autrefois sa raison d'être. Depuis que l'établissement des chemins de fer a changé les courants de la circulation et modifié les conditions économiques des transports, cette division ne répond plus aux besoins nouveaux de la viabilité. Les voies de communication ne se distinguent plus aujourd'hui d'après l'étendue de leur parcours ou l'importance des intérêts qu'elles desservent, mais uniquement d'après leur mode de locomotion. Les chemins de fer, les voies fluviales et les voies de terre, telle est la grande classification qui s'impose de nos jours. Sans doute, chacune de ces catégories, celle des voies de terre en particulier, comporte encore des distinctions, mais ces distinctions ne sont plus aussi tranchées. Elles ne sauraient, en tout cas, justifier le maintien d'une réglementation dont la variété n'apparaît plus aujourd'hui que comme une complication inutile. L'organisation d'un nouveau régime des voies de communication est devenue nécessaire. Aussi ne pouvons-nous qu'applaudir aux impor-

Digitized by Google

tantes réformes que méditent en ce moment nos législateurs.

Qu'il nous soit toutefois permis d'ajouter que ces réformes nous paraissent incomplètes. Elles ne touchent qu'à des points isolés de la législation générale de la voirie et des travaux publics. Et cependant, si l'on consulte les annales parlementaires de ces dernières années, on voit combien cette législation est attaquée dans toutes ses parties. Les recueils de jurisprudence témoignent des nombreuses difficultés auxquelles elles donnent lieu dans la pratique. Faut-il s'en étonner quand on considère l'incohérence des dispositions qui régissent une matière si importante? Ces dispositions sont éparses dans une foule d'édits, d'arrêts du conseil, de lois, de décrets, d'ordonnances et de règlements. Publiées pour les besoins du moment, et sans lien entre elles, elles présentent une confusion regrettable à tous égards. Une législation ainsi composée restera toujours imparfaite, elle laissera toujours de nombreux intérêts en souffrance, malgré toutes les réformes partielles dont elle pourra être l'objet, tant que ces réformes seront entreprises sans cette vue d'ensemble, qui seule peut féconder l'œuvre du législateur.

LÉON CHOPPARD.

DE LA PROPRIÉTÉ DES ÉGLISES PAROISSIALES ET DES PRESBYTÈRES

RENDUS AU SERVICE DU CULTE EN L'AN X.

Par M. Léon Aucoc, membre de l'Institut, Président de section au Conseil d'État.

Dans un article récemment publié par la *Revue* (t. VI, nouv. sér., p. 737), à l'occasion d'un jugement du tribunal de la Seine relatif à la propriété des églises paroissiales et des objets d'art mobiliers qu'elles renferment, M. Appert a soutenu sur cette question une thèse nouvelle. Il a revendiqué les droits de l'État sur les églises paroissiales et sur les presbytères rendus au culte en exécution de la loi du 18 germinal an X. Il n'a pas dissimulé que cette doctrine pouvait paraître téméraire, mais il a pensé que la doctrine contraire, bien qu'elle fût consacrée par la pratique constante de l'administration, par

Digitized by Google

une série d'arrêts du Conseil d'État et par divers arrêts de plusieurs Cours d'appel et de la Cour de cassation, reposait sur une erreur et il lui a paru qu'il était encore temps de signaler la vérité. Je demande la permission de défendre l'administration, le Conseil d'État, et la Cour de cassation en produisant plusieurs documents officiels que M. Appert ne paraît pas avoir connus ou dont il n'a peut-être pas exactement apprécié la valeur, et qui doivent cependant avoir une place importante dans ce débat, dont la gravité ne peut échapper aux lecteurs de la *Revue*.

Il s'agit en effet de savoir si c'est à tort que, depuis soixante-dix ans, la plupart des communes de France se considèrent comme propriétaires des églises et des presbytères. Sans doute, dans certains cas, il y a eu des églises et surtout des presbytères construits avec les ressources des communes ou, ce qui est plus rare, avec celles des fabriques; d'autres encore ont été données par libéralités testamentaires ou entre vifs à l'un de ces deux établissements. Mais l'immense majorité des églises paroissiales et des presbytères date d'avant 1789. Devenus biens nationaux par l'effet des lois révolutionnaires, ces édifices ont été restitués au service du culte en exécution de la loi du 18 germinal an X.

Quel a été l'effet de cette restitution au service du culte? On a longtemps discuté sur le point de savoir si c'était au profit des communes ou au profit des fabriques que l'État s'était dépouillé.

Dans le sens de la propriété des communes, on peut citer la jurisprudence constante des ministères de l'intérieur et des finances, celle du Conseil d'État au contentieux et plusieurs arrêts de Cours d'appel et de la Cour de cassation. C'est dans ce sens que s'est prononcé le tribunal de la Seine par son jugement du 29 juin 1877 [1]. Les droits des fabriques

[1] Nous pouvons citer parmi les arrêts du Conseil d'État ceux du 15 juin 1832 (*fabrique d'Annebecq*); — 7 mars 1838 (*fabrique de Tiergeville*); — 6 avril 1854 (*commune de Tocqueville-Benarville*); — 26 février 1863 (*commune d'Omméel*).—Nous pourrions y ajouter plusieurs avis donnés en ce sens par le comité de l'intérieur du Conseil d'État et l'Assemblée générale de 1829 à 1836 et diverses décisions rendues en matière d'autorisation de plaider. — Il faut y joindre plusieurs arrêts de Cours d'appel : Poitiers, 20 février 1835 (*Labroue c. commune de Sommières*); — Paris, 29 dé-

Digitized by Google

ont été soutenus, à une certaine époque, par le ministère des cultes, ainsi qu'on peut le voir dans l'article 4 de l'ordonnance du 3 mars 1825, relative aux presbytères; ils ont été affirmés par divers arrêts anciens de Cours d'appel et de la Cour de cassation[1]. Il s'est même produit un système intermédiaire dans lequel on admettait une sorte de copropriété entre les communes et les fabriques[2]. Mais c'est à la jurisprudence du Conseil d'État sur cette question que devait se rallier, comme elle l'a fait, l'autorité judiciaire, puisque la Cour de cassation est aujourd'hui d'accord avec le Conseil d'État pour reconnaître que « les actes par lesquels les biens ecclésiastiques non aliénés ont été restitués ou abandonnés aux communes ou aux fabriques dans l'intérêt du culte sont des actes de haute administration dont, en cas de difficulté, l'appréciation appartient exclusivement à l'administration[3] ».

cembre 1835 (*Géland c. curé de Montreuil*); — Grenoble, 2 janvier 1836 (*Belle-Laurent c. commune de Presle*); — Limoges, 3 mai 1836 (*fabrique de Saint-Feyre c. de Maulmont*); — Paris, 16 février 1849 (*Meny c. préfet de la Seine*); — 18 février 1851 (*Strapard c. commune de Châlons*); — Pau, 12 août 1851 (*fabrique de l'église de Saint-Jean de Tarbes c. de Gonnez*); — Rouen, 23 avril 1866 (*fabrique de Saint-Jacques*). — La Cour de cassation admet la même doctrine dans l'arrêt du 15 novembre 1853 (*fabrique de l'église de Saint-Jean de Tarbes*). Presque tous les arrêts des Cours d'appel ont été rendus à l'occasion d'actions intentées par les fabriques ou par les communes contre des propriétaires voisins auxquels des usurpations étaient reprochées, et ces propriétaires contestaient la qualité de leurs adversaires. — Les arrêts du Conseil d'État statuaient sur des contestations entre des communes et des fabriques.

[1] Cour de Nancy, 31 mai 1827 (*commune de Mirecourt*); — Cassation, 6 décembre 1836 (*de Galard*).

[2] Cour de Bordeaux, 6 février 1838 (*fabrique de Saint-Laurent d'Arce c. Garnier*); — Cassation, 7 juillet 1840 (*de Maulmont c. fabrique de Saint-Feyre*).

[3] Cassation, 6 juillet 1869 (*commune de Moyenmoutier*). — Cet arrêt est conforme à une longue jurisprudence du Conseil d'État (ord. sur conflit du 2 juillet 1828 (*Bascher l'Enfant*); — arr. Cons. 31 janvier 1838 (*commune de Bray-en-Cinglais*); — ord. sur conflit, 23 février 1839 (*ville de Saint-Claude*); — arr. Cons., 26 août 1846 (*fabrique de Martainville*); — 25 novembre 1849 (*fabrique de Rouans*); 9 mars 1850 (*fabrique de Chalus*); — 14 juin 1862 (*commune de Montreuil-Bellay*); 26 février 1863 (*commune d'Omméel*); — décret sur conflit, 17 mai 1866 (*fabrique de Grenoble*); — 23 mars 1867 (*commune de Monoblet*); — arr. Cons., 18 mai 1870 (*commune d'Aubigné*). Voir aussi tribunal des conflits 12 décembre 1874 (*ville de Paris*).

Digitized by Google

Toute cette controverse pouvait-elle être évitée et toute cette jurisprudence doit-elle disparaître en présence du nouveau système, d'après lequel l'État ne se serait dépouillé ni au profit des communes, ni au profit des fabriques, mais aurait conservé la propriété de ces immeubles, tout en les consacrant au service du culte et en chargeant les communes et les fabriques de les entretenir et au besoin de les reconstruire à leurs frais?

M. Appert pense que la jurisprudence de l'administration et de l'autorité judiciaire n'a pour fondement qu'une erreur. Elle s'appuie en effet sur un avis du Conseil d'État, approuvé par l'empereur le 6 pluviôse an XIII, qui porte que les églises et les presbytères rendus au service du culte en exécution de la loi du 18 germinal an X doivent être considérés comme propriétés communales. Mais cet avis, auquel on a généralement attribué force de loi, n'aurait pas cette valeur, parce qu'il n'a pas été promulgué, parce qu'il n'a pas été porté à la connaissance du public au moyen de l'insertion dans le *Bulletin des lois.*

La circonstance que l'avis du Conseil d'État, approuvé par l'empereur le 6 pluviôse an XIII, n'a pas été inséré au *Bulletin des lois* est connue depuis longtemps. Mais est-elle de nature à enlever à cet acte l'autorité qui lui a été attribuée? N'y a-t-il pas eu des actes équivalents à l'insertion au *Bulletin des lois* qui en ont opéré la promulgation et l'ont rendue exécutoire?

C'est sur ce point que nous croyons utile d'apporter des renseignements qui nous paraissent justifier la jurisprudence.

En droit, les avis du Conseil d'État donnés en vertu de l'article 11 du règlement du 5 nivôse an VIII, d'après lequel « le Conseil d'État développe le sens des lois, sur le renvoi qui lui est fait par les consuls, des questions qui leur ont été présentées », n'ont de valeur que lorsque le chef de l'État se les est appropriés en les approuvant. Ils ont, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, la valeur des décrets impériaux qui avaient usurpé sur le pouvoir législatif, mais qui n'ont pas été annulés pour cause d'inconstitutionnalité. A ce point de vue, ils se distinguent des règlements d'administration publique interprétatifs des lois, rendus en exécution de la loi du 16 septembre 1807, et dont la régularité est

Digitized by Google

incontestable. De plus, pour être obligatoires, ils doivent avoir été publiés. Mais l'insertion au *Bulletin des lois* n'est pas indispensable pour donner force exécutoire aux décrets. Aux termes d'un avis du Conseil d'État, approuvé par l'empereur, le 25 prairial an XIII, qui a été inséré au *Bulletin des lois*, les décrets impériaux qui ne sont pas insérés à ce bulletin sont obligatoires du jour qu'il en est donné connaissance aux personnes qu'elles concernent par publication, affiche, notification ou signification ou envois faits ou ordonnés par les fonctionnaires publics chargés de l'exécution.

Or on va voir que le Conseil d'État avait été saisi par le gouvernement, sur la demande du ministre des finances et du ministre de l'intérieur, de la question de savoir si les communes étaient propriétaires des églises et presbytères qui leur avaient été abandonnés en exécution de la loi du 18 germinal an X, — que l'avis du Conseil d'État qui répondait affirmativement a été approuvé par l'empereur, — et que, après cette approbation, le ministre de l'intérieur a transmis cet avis aux préfets en les invitant à le notifier à toutes les communes, pendant que, de son côté, le directeur général des domaines transmettait la même décision à tous les agents de l'administration des domaines en les invitant à se concerter avec les préfets pour assurer l'exécution de ce décret.

Il est bon de mettre les termes mêmes de ces pièces sous les yeux de nos lecteurs.

Voici d'abord le rapport du ministre des finances qui avait été envoyé au Conseil d'État[1] :

Sire, l'article 72, section III, titre IV, de la loi du 18 germinal an X, relative à l'organisation des cultes, contient les dispositions suivantes : « Les presbytères et jardins attenants, non aliénés,

[1] L'original et la copie officielle de cette pièce, qui existaient aux archives du ministère des finances et aux archives du Conseil d'État, ont été anéantis par les incendies à jamais déplorables du mois de mai 1871. Mais ce rapport avait été imprimé en 1853 dans le *Bulletin des lois civiles ecclésiastiques*. Nous l'avions nous-même collationné à cette époque sur l'original en préparant les matériaux d'un travail sur la propriété des églises et des presbytères, qui a été inséré en 1854 dans la revue l'*École des communes*. Nous en avons trouvé une copie dans les archives de l'administration des cultes qui nous ont également fourni la copie du rapport fait au nom des sections réunies des finances et de l'intérieur du Conseil d'État.

Digitized by Google

« seront rendus aux curés et desservants des succursales : à défaut « de ces presbytères, les conseils généraux des communes sont « autorisés à leur procurer un logement et un jardin. »

L'article 75, section 4, porte : « que les édifices anciennement « destinés au culte catholique, actuellement dans les mains de la na- « tion, à raison d'un édifice par cure et succursale, seront mis à la « disposition des évêques par arrêtés des préfets des départements. »

Ces dispositions ont donné lieu à la question de savoir si les églises et presbytères rendus sont devenus la propriété des communes où ils sont situés, ou si, au contraire, cette propriété résidait toujours dans les mains de la nation.

L'opinion du ministre des cultes est que les communes, ayant anciennement fourni les édifices servant d'églises et de presbytères, doivent être considérées comme propriétaires de ces édifices et tenues, en conséquence, de toutes les réparations et contributions.

La loi du 24 août 1793, en confirmant celles des 2 novembre 1789 et 6 mai 1791, a établi que les meubles et immeubles des communes seraient régis, administrés ou vendus comme les autres biens nationaux, attendu que la République se chargeait d'acquitter les dettes de ces communes.

Cette loi n'ayant pas été rapportée, il en résulterait que, soit que l'on considère toutes les églises comme des biens ecclésiastiques, soit comme propriétés communales, ces églises sont des propriétés nationales dont l'abandon temporaire ne change ni le titre ni la nature, et qu'ainsi, toutes les fois que l'affectation qui en a été faite au culte vient à cesser par un motif quelconque, l'aliénation ou la faculté de disposer desdites églises ne peut appartenir qu'au gouvernement ; c'est, en effet, un droit inhérent à sa qualité de propriétaire dont il ne peut jamais être dépouillé par la jouissance qu'il en a accordée.

Mais si l'on envisage l'état actuel de la législation, on est fondé à penser que les églises et presbytères sont rentrés dans la classe des propriétés communales, puisque, par arrêté du gouvernement du 7 ventôse an XI, chaque commune est appelée à proposer, par son conseil municipal, et à fournir les moyens d'acquisition, de location ou de réparation des églises paroissiales et succursales.

Ce qui vient à l'appui de cette opinion, c'est l'arrêté du 7 thermidor an XI qui, en rendant à leur destination primitive les biens et rentes des fabriques non aliénés, veut qu'ils soient administrés dans la forme particulière aux biens communaux.

Ces dispositions indiquent positivement la nature des objets restitués et semblent leur imprimer le caractère de propriétés communales, et comme l'église de chaque fabrique en est nécessairement la propriété première et essentielle, on pourrait en inférer que

Digitized by Google

cette église est véritablement une propriété communale, et cela avec d'autant plus de raison que les communes sont tenues de toutes les charges et que les conseils municipaux fixent des fonds pour cette partie de leurs dépenses communales.

Au surplus, comme il n'existe aucune loi assez positive pour trancher la difficulté, je pense qu'il y a lieu de la soumettre au Conseil d'État.

Je pense également que le Conseil doit aussi être consulté sur la question de savoir si, d'après l'arrêté du 7 thermidor an XI, relatif à la restitution des biens des fabriques, on doit comprendre dans cette restitution les églises non employées, à la propriété desquelles quelques fabriques prétendent.

Diverses communes qui sollicitent l'autorisation nécessaire pour la démolition d'églises qui tombent en ruines et pour en employer les matériaux aux réparations d'autres églises qu'elles ont obtenues, soit de la libéralité de ceux qui les avaient acquises, soit du gouvernement, attendent impatiemment la solution de ces questions.

Signé GAUDIN.

Il y avait au dossier un autre rapport du ministre de l'intérieur que nous n'avons pu retrouver. La section des finances du Conseil d'État et celle de l'intérieur en avaient délibéré. Une copie de leur rapport a été conservée à l'administration des cultes. En voici les passages principaux :

Les églises et presbytères rendus aux communes par la loi du 18 germinal an X et mis à la disposition des évêques pour l'exercice du culte, sont-ils redevenus propriétés communales ?

. . . . . .

Il n'existe aucune loi assez positive pour trancher cette difficulté.

Celle du 24 août 1793, en confirmant celles des 29 octobre 1789 et 6 mai 1791, nous porterait à considérer toutes les églises, tous les presbytères comme des propriétés nationales.

D'après la législation nouvelle, au contraire, d'après surtout la loi du 18 germinal, les arrêtés de ventôse et thermidor an XI, il paraîtrait que les édifices rendus pour l'exercice du culte sont redevenus propriétés communales, puisque la nation qui avait cessé de se charger des dépenses soumet les communes à en payer l'imposition, et leur laisse le droit d'acquérir, de louer, de réparer leurs églises paroissiales ou succursales.

Tel est l'avis du ministre de l'intérieur (rapport du 4 thermidor an XII) : Ou les communes, dit-il, ne sont propriétaires ni des églises ni des presbytères, et dans ce cas ne doivent point en payer

Digitized by Google

les charges; ou elles payent les impositions, les réparations, et, par ce fait seul, doivent être regardées comme propriétaires.

Le ministre des finances, celui des cultes, le conseiller d'État, directeur général des domaines, le préfet de la Seine, partagent la même opinion.

Les sections croient comme eux que la législation nouvelle a rendu ces édifices propriétés communales, puisque l'État n'acquitte plus les charges qu'il s'était imposées en s'emparant de ces biens par les lois de 1789 et 1791 ;

Qu'il ne serait pas juste de dépouiller les communes, lorsqu'il s'agit de vendre, du droit qu'on leur donne, lorsqu'il faut acquérir ;

Qu'on ne peut refuser de regarder les communes comme propriétaires du bien dont elles payent la contribution foncière ;

Qu'une jouissance onéreuse et temporaire amènerait bientôt la dégradation et l'abandon de tous ces bâtiments, et qu'il est utile de conserver le droit de propriété des communes sur les édifices qui leur ont été rendus, afin de les encourager à les entretenir ;

D'après ces considérations,

Vu la loi du 18 germinal an X, les sections réunies me chargent de proposer au Conseil le projet d'avis suivant :

Le Conseil d'État...

Est d'avis que les églises paroissiales et presbytères rendus aux communes pour l'exercice du culte doivent être considérés comme propriétés communales.

A la suite de cette instruction, le Conseil s'est prononcé en adoptant l'avis ainsi conçu :

« Le Conseil d'État, qui, d'après le renvoi fait par Sa Ma-
« jesté l'empereur, a entendu les rapports de la section des
« finances et de l'intérieur sur ceux des ministres des finances
« et de l'intérieur, tendant à faire décider par Sa Majesté
« Impériale la question de savoir si les communes sont de-
« venues propriétaires des églises et presbytères qui leur
« ont été abandonnés en exécution de la loi du 18 germinal
« an X;

« Est d'avis que lesdites églises et presbytères doivent être
« considérés comme propriétés communales[1]. »

Il est à remarquer que, un an après cet avis, est intervenu

[1] Nous n'avons pas besoin d'invoquer un autre avis du Conseil d'État du 3 nivôse an XIII, rendu pour l'interprétation de la loi du 24 août 1793, qui attribue aussi aux communes les presbytères et les églises rendus au culte.

Digitized by Google

un décret, du 30 mai 1806, portant que les églises et presbytères qui, par suite de l'organisation ecclésiastique, seraient supprimés, faisaient partie des biens restitués aux fabriques et étaient réunis à celles des cures et succursales dans l'arrondissement desquelles ils étaient situés ; les fabriques étaient autorisées à échanger, louer ou aliéner ces édifices au profit des églises et presbytères des chefs-lieux. Ce décret répondait à la question posée par le ministre des finances à la fin de son rapport. Le Conseil d'État avait, à la vérité, émis sur ce point, le 24 prairial an XIII, un avis approuvé le 9 messidor suivant, portant qu'il était préférable de ne pas prendre à cet égard une mesure générale; mais le gouvernement est, peu de temps après, revenu à d'autres idées.

Comment a-t-il été pourvu à l'exécution de l'avis du Conseil d'État relatif aux églises et aux presbytères rendus au culte? Voici d'abord le texte de la circulaire du ministre de l'intérieur (M. de Champagny) aux préfets, en date du 30 pluviôse an XIII, tel qu'il a été imprimé dans le recueil officiel in-4° publié en 1806 (tome V) :

« Monsieur,

« Je vous transmets une ampliation de l'avis donné par le Conseil d'État, le 2 de ce mois, et que Sa Majesté a approuvé, le 6, par lequel il a été décidé que les églises et presbytères, qui ont été abandonnés aux communes en exécution de la loi du 18 germinal an X, doivent être considérés comme propriétés communales.

« Je vous invite, Monsieur, à m'accuser réception de cette décision, à la notifier aux communes et à en assurer l'exécution. »

Enfin, M. Duchâtel, conseiller d'État, directeur général de l'enregistrement et des domaines, écrivait, de son côté, à la date du 15 ventôse an XIII, aux directeurs des domaines la lettre suivante, imprimée dans un recueil officiel :

« Je vous transmets, Monsieur, une copie certifiée de l'avis du Conseil d'État du 2 pluviôse dernier, approuvé par Sa Majesté Impériale, le 6 du même mois, portant que les églises et presbytères abandonnés aux communes, en exécution de la loi du 18 germinal rn X, doivent être considérés comme propriétés communales.

« Vous voudrez bien vous concerter avec le préfet de votre département pour concourir, en ce qui vous concerne, à l'exécution de ce décret.

Digitized by Google

« Il est utile d'observer que les contributions, réparations, frais de constructions, et généralement toutes autres dépenses concernant les églises et presbytères en question, seront étrangères à l'administration et qu'elles doivent être supportées par les communes propriétaires.

« Je vous prie de m'accuser réception de la présente. »

Ainsi, l'arrêt du Conseil d'État rendu pour l'interprétation de la loi du 18 germinal an X, transformé en décret par l'approbation de l'empereur, a été notifié aux communes et eté exécuté par les agents de l'État.

Si l'on se souvient enfin que c'est par une série d'arrêtés consulaires et de décrets impériaux, dont plusieurs n'ont pas été insérés au *Bulletin des lois*, et n'en ont pas moins été exécutés, que les biens entrés dans le domaine de l'État par suite des confiscations révolutionnaires ont été mis à la disposition des communes, des départements, des fabriques, lors de la réorganisation des services publics au début de ce siècle, on reconnaîtra que les droits de propriété des communes sur les églises paroissiales et sur les presbytères rendus au service du culte en l'an X, ont une base incontestable[1].

[1] En ce qui touche les fabriques, nous citerons les actes suivants :

Arrêté du 7 thermidor an XI, qui rend à leur destination les biens des fabriques non aliénés ; — décret du 15 ventôse an XIII, relatif aux biens des fabriques des métropoles et cathédrales, non inséré au *Bulletin des lois;* — décret du 28 messidor an XIII, relatif aux biens et rentes provenant des confréries, non inséré au *Bulletin des lois;* — décret du 30 mai 1806, qui réunit aux biens des fabriques les églises et presbytères supprimés, non inséré au *Bulletin des lois;* — décret du 31 juillet 1806, concernant les biens des fabriques des églises supprimées; — décret du 17 mars 1809, concernant les églises et presbytères rentrés dans la main du domaine pour cause de déchéance, et les chapelles des congrégations, non inséré au *Bulletin des lois;* — décret du 8 novembre 1810, relatif aux maisons vicariales non aliénées, non inséré au *Bulletin des lois.* (Tous ces décrets sont reproduits dans le *Projet de Code ecclésiastique* de M. Reverchon publié en 1842 à la suite de recherches faites dans les archives du Conseil d'État et de l'administration des cultes.)

En ce qui touche les départements et les communes, il suffit de rappeler le décret du 9 avril 1811, qui concède gratuitement aux départements, arrondissements et communes la pleine propriété des édifices et bâtiments nationaux occupés alors pour le service de l'administration, des Cours et tribunaux et de l'instruction publique.

C'est aussi un décret du 11 décembre 1808 qui avait constitué la dotation immobilière de l'Université.

Digitized by Google

Il est bien évident, d'ailleurs, qu'il s'agit là d'un droit de propriété d'une nature spéciale, d'un droit analogue à celui que l'État exerce sur les biens du domaine public national. Les églises paroissiales étant affectées à l'usage du public, sont dans le domaine public municipal et elles sont consacrées au service du culte, en vertu non-seulement de la remise qui en a été faite par l'État, mais des termes mêmes de l'article 75 de la loi du 18 germinal an X, rendu pour l'exécution de l'article 12 du concordat. Quant aux presbytères, on ne peut les considérer comme étant dans le domaine public. Mais leur affectation ne peut être modifiée sans le consentement du gouvernement, sur l'avis du Conseil d'État, en vertu de l'ordonnance du 3 mars 1825.

D'autre part, le droit des communes ne fait pas obstacle à l'exercice des droits attribués aux fabriques, instituées pour veiller à la conservation et à l'administration des églises et des presbytères, tels qu'ils sont définis dans le décret du 30 décembre 1809, et qui, d'après un grand nombre d'arrêts, leur donnent qualité pour intenter des actions réelles, en vue de protéger contre les usurpations les édifices consacrés au culte. Il ne fait pas même obstacle, ainsi que l'a jugé récemment le Conseil d'État, à ce que les fabriques puissent exécuter des travaux à leurs frais sans le consentement du conseil municipal, sous l'approbation de l'autorité supérieure, s'il est reconnu que les travaux ne sont pas de nature à nuire à la solidité de l'édifice [1].

Mais quant à l'État qui s'est dessaisi depuis l'an X, ou tout au moins depuis l'an XIII, et qui n'élève aucune prétention sur ces édifices, il nous paraît hors de cause.

LÉON AUCOC.

[1] Arr. Cons. 17 juillet 1874 (*commune d'Astaffort*).

On consultera avec profit, sur les questions relatives aux églises et autres édifices du culte catholique, une excellente monographie publiée en 1866 par M. Ducrocq, aujourd'hui doyen de la Faculté de droit de Poitiers.

Digitized by Google

CONSEIL SUPÉRIEUR DES PRISONS,

DISCUSSION SUR LES MESURES RÉPRESSIVES DE LA RÉCIDIVE ET PARTICULIÈREMENT SUR CELLE DE LA TRANSPORTATION PÉNALE.

OPINIONS DE M. CH. LUCAS

Développées à la séance du 24 janvier 1878.

(*Suite*[1].)

II

Je passe maintenant au second point.

Dans son projet de loi sur les mesures à prendre en vue de la répression de la récidive, la commission a pour point de départ le péril résultant pour l'ordre social de l'aggravation de la récidive et de l'insuffisance de la pénalité actuelle; elle en conclut la nécessité de peines nouvelles dont la transportation lui paraît devoir être la principale et la plus efficace.

Je nie l'existence de ce péril, parce que je ne crois pas que la récidive s'aggrave, et que je ne crois pas davantage que le pouvoir social désarmé réclame de nouvelles sévérités pénales.

Je parlerai en premier lieu de l'aggravation de la récidive.

Je dirai d'abord qu'il y a en France, en ce qui concerne le mouvement de la criminalité et de la récidive, une tendance pessimiste qui remonte à 1846, époque à laquelle se produisit dans le gouvernement un louable et généreux désir de procéder sérieusement à l'ensemble de la réforme des prisons. Le Parlement y fut sympathique; mais l'opinion publique y montra l'indifférence que nous lui reprochons tous encore aujourd'hui.

C'est alors que prévalut dans l'administration la pensée partagée par la plupart des partisans les plus dévoués à la réforme pénitentiaire que, sans se départir de la scrupuleuse exactitude à apporter dans les chiffres et les faits produits, il ne fallait pas craindre d'incliner vers la tendance pessimiste[2],

[1] V. la *Revue* du 15 février, n° 2, p. 82.

[2] Je citerai le fait suivant, qui remonte à la discussion du projet de loi

Digitized by Google

dans l'interprétation à leur donner, parce que le moyen le plus sûr d'arracher l'opinion publique à son indifférence était de lui inspirer la frayeur salutaire du mouvement de la criminalité et de la récidive.

Les intentions étaient excellentes. Mais c'était un mauvais précédent qui ne se prolongea pas au sein de l'administration. Toutefois il n'en fut pas ainsi au dehors où la tradition pessimiste s'est tellement affermie, que chacun y obéit depuis de bonne foi et presqu'à son insu. L'effrayante aggravation de la criminalité et de la récidive en France était une croyance tellement accréditée qu'elle ne se discutait même plus.

J'ai osé pourtant la discuter récemment dans la séance d'installation de la Société générale des prisons, et j'y ai dit, avec la fermeté de ma conviction, que je croyais remplir à cet égard un devoir de patriotisme en ne laissant pas abaisser la moralité de mon pays, et un devoir de conscience en rétablissant ce que je croyais la vérité historique. J'ajouterai même la vérité scientifique si difficile à déduire des chiffres de la statistique, cet instrument qui paraît si facile à manier à ceux qui n'ont recours qu'aux opérations du procédé numérique, mais dont l'usage est si délicat pour ceux qui y pénètrent avec le procédé analytique.

En réagissant contre la tendance pessimiste, je suis convaincu que loin de desservir la cause de la réforme pénitentiaire, je travaille dans son intérêt bien entendu. Ce qu'il faut inspirer à l'opinion publique c'est la confiance dans les grands services qu'elle doit attendre du régime pénitentiaire. Ce qui rend l'opinion publique indifférente, c'est

sur le régime cellulaire en 1846 et constate la tendance pessimiste que l'administration jugeait utile à cette époque au succès de ce projet.

M. le premier président de la Cour de Montpellier, en apportant à la tribune, d'après les appréciations de ses visites personnelles et les documents authentiques qu'il avait en main, le témoignage des bons résultats obtenus à la petite maison centrale de Montpellier, affectée à moins de 500 femmes sous la direction d'un chef habile, bien secondé par les sœurs surveillantes de l'ordre spécial des prisons, crut devoir exprimer spirituellement sa crainte de désobliger par sa communication M. le ministre de l'intérieur qui, dans le cours des débats, avait paru moins désagréablement impressionné par le mal si vivement accentué que par le peu de bien qu'on avait dit de l'administration des prisons.

Digitized by Google

qu'elle ne croit pas à l'efficacité de la réforme pénitentiaire, et ce qui l'éloigne le plus de cette croyance, c'est la tendance pessimiste elle-même.

Les colonies agricoles de jeunes détenus en sont un exemple bien convaincant. Les sympathies de l'opinion publique leur ont été acquises du jour où on lui en a fait savoir de bons résultats. Encore une fois, plus on aggrave le mal, plus on accroît la défiance de l'opinion publique à l'égard de l'efficacité de la réforme qui doit y remédier.

Cette tendance pessimiste a déjà entraîné pour la réforme pénitentiaire bien des inconvénients et des inconséquences. J'en citerai un seul exemple qui se rattache à la question des libérés dans le cas de rupture de ban, question qui nous occupe. Chacun de nous signale avec raison la répulsion qui poursuit les libérés comme l'un des grands obstacles à la solution. Nous disons à l'opinion publique que sa répulsion est trop absolue, qu'il faut distinguer les bien intentionnés des malintentionnés, et que, sans ce discernement, l'œuvre du patronage des libérés n'est pas possible. Mais n'est-ce donc pas la tendance pessimiste qui a beaucoup contribué à cette répulsion sociale trop absolue? On a tant récriminé aux yeux de l'opinion publique sur la corruption des libérés et des prisons d'où ils sortent, qu'à l'heure où il faut établir le patronage, on ne peut plus en obtenir le concours sympathique qui est nécessaire au fonctionnement de cette institution.

Je ne veux point passer, messieurs, d'un excès à un autre, de celui du pessimisme à celui de l'optimisme, sur le mouvement de la criminalité et de la récidive.

Voilà bien des années que j'étudie les tendances de la criminalité et de la récidive en France.

Dès le commencement de la publication du compte rendu de la Justice criminelle, c'est-à-dire dès 1827 et 1829, dans l'introduction de mes ouvrages sur le *système pénal* et sur le *système pénitentiaire*, et plus tard, en 1836, dans celle de ma *Théorie de l'emprisonnement*, je me suis livré à l'étude du mouvement probable de la criminalité en France. J'arrivai à cette conclusion que, sous l'influence du développement incalculable de la richesse nationale et notamment industrielle et mobilière qui, en augmentant si considérablement et sous des formes si multiples les occasions de nuire à la propriété,

Digitized by Google

venait accroître dans une certaine proportion les faits nuisibles, il devait y avoir un mouvement numériquement progressif dans les atteintes à la propriété, mais que ce mouvement progressif ne se produirait probablement que dans le délit et non dans le crime. C'est à ce point de vue qu'il me semblait qu'il fallait attendre l'influence morale de la civilisation sur le mouvement de la criminalité. Cette probabilité s'est réalisée.

Mon état de cécité, qui ne saurait me permettre de consulter une simple note, me condamne à l'impuissance de vous citer ici les chiffres de la statistique. Mais je puis affirmer qu'il n'y a pas en France augmentation dans le crime; elle est dans le délit, ainsi que le témoigne la statisque, soit qu'on interroge celle de l'administration de la justice criminelle ou celle de l'administration pénitentiaire.

Le même fait se produit dans le mouvement correspondant de la récidive.

Je crois, du reste, être d'accord à cet égard avec le rapport de la commission qui n'a parlé que du délit, pour établir la progression des infractions à la loi pénale et la fréquence des récidives. Assurément on peut citer des condamnés correctionnellement qui, après une récidive correctionnelle, en ont commis une seconde au criminel; mais quand on veut constater et caractériser la tendance du mouvement progressif du crime et du délit ainsi que de la récidive, la science prescrit d'opérer sur l'ensemble des faits généraux; car il n'y a aucune conclusion scientifique à tirer des faits particuliers.

Si en partant au correctionnel du plus bas degré on voyait la tendance de la récidive à monter progressivement aux degrés supérieurs, puis passer du correctionnel au criminel et suivre au criminel un mouvement ascendant, je concevrais le cri d'alarme; mais comment le concevoir quand on voit la tendance se produire en sens inverse, au criminel et au correctionnel? Est-ce donc un si déplorable résultat que celui d'avoir opéré un pareil mouvement d'atténuation dans la nature de la récidive?

Le mal de la récidive existe. Il est réel, mais il n'est pas dans l'aggravation, il est seulement dans la fréquence de la récidive; et ce fait incontestable prouve que ce

Digitized by Google

recours inattendu à la transportation pénale n'avait pas même sa raison d'être ; car l'aggravation de la récidive pouvait seule permettre d'en appeler à l'aggravation de la pénalité.

J'ai donc démontré que l'aggravation de la récidive n'existait pas, je vais établir que le fait de la prétendue insuffisance de la loi pénale pour réprimer la récidive n'existe pas davantage.

Trois articles constituent le système de la répression de la récidive en matière criminelle et correctionnelle : ce sont les articles 56, 57 et 58 du Code pénal [1].

Le magistrat n'est-il donc pas suffisamment armé par ces trois articles pour tous les besoins de la répression de la récidive? On n'ose pas contester que l'arme soit suffisante ; mais on dit que le système de l'introduction des circonstances atténuantes en a énervé l'usage dans les mains du magistrat.

Dans le troisième point que j'ai à traiter, je dirai ce que je pense de l'usage que les magistrats ont fait du pouvoir que l'introduction des circonstances atténuantes leur a donné. Je me bornerai ici aux observations suivantes :

Je demande d'abord ce qui peut autoriser à croire que les magistrats procéderaient autrement, à l'égard du projet de loi de la commission sur la transportation qu'ils ne le font en ce qui concerne la loi pénale existante. Il me semble que les magistrats montreront plus d'éloignement encore à entrer dans le système du projet de loi, d'après lequel il y

[1] Aux termes de l'article 56 du Code pénal, quiconque ayant été condamné à une peine afflictive et infamante, commet un deuxième crime emportant aussi une peine afflictive et infamante, est frappé d'une aggravation de peine; d'après l'article 57, quiconque ayant été condamné pour crime à une peine supérieure à un an d'emprisonnement aura commis un délit ou un crime qui devrait n'être puni que de peines correctionnelles, sera condamné au maximum de la peine portée par la loi, et cette peine pourra être élevée jusqu'au double; le coupable sera, de plus, mis sous la surveillance spéciale de la haute police pendant cinq ans au moins et dix ans au plus; enfin, suivant l'article 58, les coupables condamnés correctionnellement à un emprisonnement de plus d'une année seront, en cas de nouveau délit ou de crime qui devrait n'être puni que de peines correctionnelles, condamnés au maximum de la peine portée par la loi; cette peine pourra être portée jusqu'au double; ils seront de plus mis sous la surveillance spéciale du gouvernement pendant cinq ans au moins et dix ans au plus.

Digitized by Google

aura deux peines, la peine principale que subit le récidiviste et qui pourra être suivie de celle accessoire de la transportation. Or, la peine principale a pour point de départ un an d'emprisonnement et la peine accessoire est la transportation à perpétuité. Cette anomalie de la peine principale qui est temporaire et de la peine accessoire qui est perpétuelle, trouvera-t-elle le juge disposé à entrer dans cette voie anormale, qui blesse les traditions juridiques et bouleverse l'ordre des juridictions? Je me demande ensuite si le magistrat procédera autrement dans ses appréciations avec le projet de loi de la commission qu'il ne le fait actuellement. S'il veut agir dans le sens du projet de loi, il est certain qu'il devra entrer dans une voie bien différente de celle qu'il suit aujourd'hui. Pour rechercher et constater l'élément incorrigible qu'il veut atteindre parmi les récidivistes, le projet de loi use du procédé numérique qui ferait de l'administration de la justice criminelle une opération d'arithmétique. Le projet ne se croit pas tenu d'apprécier dans chaque cas de récidive le degré d'immoralité de l'acte et d'intentionalité de l'agent. Il se borne a compter les cas pour arriver à établir cette équation qui surprendra étrangement l'ordre judiciaire et ne saurait s'y accréditer, à savoir : que trois condamnations pour délits égalent deux condamnations pour crimes. Il suit de là que le magistrat devrait statuer sur chaque cas de récidive, non d'après la gravité du cas, mais d'après l'ordre numérique dans lequel il se produit et faire par conséquent le contraire de ce qu'il fait aujourd'hui.

C'est ainsi que le projet de loi arrive logiquement, dans son système, à ranger dans la catégorie des incorrigibles soumis à la transportation pénale, le condamné pour une troisième récidive, alors même que cette condamnation ne serait que d'un an et un jour. Et c'est ici que le projet de loi blesse le plus profondément le sens moral, philosophique et pratique dont le magistrat s'inspire et doit s'inspirer. Le système pénitentiel de l'Église, auquel le régime pénitentiaire a déjà emprunté d'utiles indications, nous enseigne qu'il ne faut pas toujours demander à celui qui était tombé dans le mal de se relever tout à coup vers le bien.

Il y a des natures qui ne peuvent y revenir que graduellement, et lorsque la faute nouvelle accuse une atténuation

Digitized by Google

sensible sur la précédente, il y a là un amendement graduel dont il faut leur tenir compte pour les conduire à la régénération définitive.

C'est le principe que pratique le magistrat. Cet individu condamné à un an et un jour d'emprisonnement, réputé par le projet de loi incorrigible par cela seul qu'il est à sa troisième condamnation, est souvent au contraire en voie de s'améliorer. C'est peut-être un individu qui, ayant subi d'abord sept à huit ans de réclusion, pour un crime grave, n'est plus tombé ensuite pour sa première, seconde et troisième récidive, que dans des délits d'une atténuation successive dont le troisième est l'indice d'une amélioration relative, et c'est cet individu, que le projet traite comme un numéro d'ordre, qui est réputé incorrigible.

On ne peut donc faire au magistrat l'injure de croire que si les faits criminels ou délictueux de la récidive avaient eu un caractère d'aggravation, ils eussent compromis la sécurité publique en atténuant la répression au fur et à mesure que s'aggravait la récidive. C'est parce qu'il y avait atténuation dans les faits de la récidive, que les magistrats ont été nécessairement conduits à atténuer, dans la mesure de leurs appréciations, les sévérités de la répression. Il faut honorer la magistrature française d'avoir compris qu'elle n'avait pas été appelée par sa haute mission à faire des additions, mais des appréciations des cas de la récidive, appréciations équitables qui devaient tenir compte, d'un côté de l'aggravation ou de l'atténuation de l'acte, et de l'autre de l'intentionalité de la part de l'agent soit à remonter avec une perversité persévérante les degrés de l'échelle de la criminalité, soit au contraire à les descendre, sinon pour entrer encore dans la bonne voie, du moins pour s'en rapprocher. C'est ainsi que les jugements et arrêts de la magistrature viennent confirmer la tendance d'atténuation de la récidive constatée par les résultats de la statistique.

Je suis donc autorisé à conclure que le péril social invoqué par le projet de loi de la commission n'existe pas ; que l'aggravation de la récidive n'existe pas ; que l'insuffisance de la loi pénale n'existe pas, et qu'ainsi ce projet de loi croule par sa base.

Le temps me presse et m'avertit que je ne dois pas

Digitized by Google

m'étendre davantage sur le projet de loi de la transportation pénale, et cependant je suis loin d'avoir épuisé le sujet, car je n'ai pas même abordé l'examen de la transportation pénale au point de vue budgétaire ; et ce point de vue suffirait à lui seul pour faire sombrer le projet, quand on songe que le prix de journée de nourriture et entretien à la Nouvelle-Calédonie est de 1 fr. 25 et que la dépense du transport est de 900 francs par individu. Or, à ces frais de transport et de journée d'entretien, il faut ajouter ceux de construction, d'appropriation et de premier établissement qui sans doute sont également considérables à la métropole pour la détention des condamnés ; mais au moins ils y sont durables, tandis que dans la transportation ils n'ont qu'une utilité temporaire et deviennent en pure perte le jour où la colonie libre, arrivée à la vitalité, oblige la transportation pénale à aller comme l'Arabe planter ailleurs sa tente. Le rapport de la commission ne méconnaît pas cette perpective ; mais il plaide la circonstance atténuante que la colonie libre à la Nouvelle-Calédonie n'est encore qu'à son début, et qu'il se passera un certain temps avant qu'elle oblige la transportation pénale à déguerpir.

Mais, me dira-t-on, en rejetant le projet de loi, n'avez-vous rien à proposer à sa place et pensez-vous que dans l'état actuel de la récidive, il n'y a pas quelque chose à faire?

C'est précisément l'objet du troisième point que j'ai annoncé l'intention de traiter.

III

J'ai à parler maintenant de l'ordre d'idées dans lequel je crois qu'il faudrait entrer pour arriver aux garanties répressives que réclame l'état présent de la récidive, et je rencontre l'embarras que je n'avais que trop prévu, celui du manque de temps nécessaire à l'exposé de mes idées.

Ce que j'ai dit a déjà pris une part si considérable de cette séance que je dois désormais être bref ; et pourtant ce que j'ai à dire exigerait, pour être suffisamment exposé et bien compris, plus de temps encore que ne m'en a accordé la bienveillante attention du conseil. Je ne puis donc qu'effleurer le sujet, *summa sequar fastigia rerum!*

Digitized by Google

Pour rechercher et rencontrer le moyen de remédier à un mal, il faut d'abord remonter à l'étude de sa nature et de sa cause. La statistique nous a déjà révélé le mal de la récidive. Il est dans sa fréquence et sa réitération ou dans ce que j'ai souvent appelé le cumul de la récidive. La statistique nous révèle également sa cause principale. La fréquence de la récidive est en raison de la brièveté de la durée de la captivité. La cause principale est donc dans l'insuffisance de cette durée. L'étude de la nature et de la cause du mal de la récidive conduit ainsi à rechercher et à trouver, dans le principe de la durée de la captivité, le moyen principal de remédier au cumul de la récidive, qui constitue l'état présent.

Le principe de la durée de la captivité doit être envisagé au point de vue matériel de sa prolongation et au point de vue moral de l'intimidation et de l'amendement. La captivité perpétuelle est assurément, comme je l'ai déjà dit, la garantie la plus sûre de mettre le malfaiteur hors d'état de nuire; mais le progrès de la civilisation ne comportant plus cette garantie matérielle que pour les cas exceptionnels de la haute criminalité, il en résulte qu'en dehors de cette sphère exceptionnelle, la sûreté sociale ne repose plus que sur la garantie matérielle de la captivité pendant le temps de sa durée, et sur la garantie morale de l'efficacité de cette captivité, sous le double rapport de l'intimidation et de l'amendement. Ces deux garanties de nature différente ne peuvent s'obtenir que par le même principe, celui de la durée; car sans le secours du temps l'intimidation ne peut laisser d'empreinte durable, et l'amendement ne saurait se réaliser puisque sans l'action du temps il n'est pas permis d'aspirer à déraciner les habitudes vicieuses, ni à les remplacer par des habitudes meilleures. Au lieu d'agir en conformité de cette vérité pratique, on s'en est trop écarté; au lieu de ménager pour l'ordre social la difficile transition qu'imposait le redoutable problème des libérés, et d'apporter une grande modération à la diminution graduelle du principe de la durée de la captivité, la législation et la jurisprudence ont précipité le mouvement progressif.

J'arrive ici à l'introduction des circonstances atténuantes. Depuis cinquante ans j'ai été le persévérant propagateur du

Digitized by Google

principe auquel m'a toujours paru devoir se rattacher l'introduction des circonstances atténuantes, qui devait être le point de départ de la réforme de la législation criminelle. Ce principe, je le répète, c'est que l'administration de la justice criminelle ne peut s'en tenir à la criminalité intrinsèque de l'acte et doit nécessairement appeler le juge à apprécier l'intentionalité de l'agent. On a donné à cet égard au juge une grande latitude pour ses appréciations, en lui permettant non-seulement de se prononcer entre le minimum et le maximum de chaque peine, mais encore de descendre d'une peine à une autre.

Ici se présente l'examen de l'usage que la magistrature a fait des circonstances atténuantes.

J'ai loué la magistrature d'avoir évalué le péril social, non d'après une addition du nombre des cas successifs de la récidive, mais d'après une équitable appréciation des circonstances aggravantes ou atténuantes que présentaient dans chacun de ces cas la matérialité de l'acte et l'intentionalité de l'agent; et de l'avoir évalué encore d'après la tendance d'aggravation et d'atténuation que l'ensemble de ces cas accusait dans le mouvement général de la récidive. La mauvaise voie, c'est celle que conseille le projet de loi qui fait de l'aggravation de la récidive un résultat purement numérique. La bonne voie, c'est celle qu'a suivie la magistrature et que commande l'ordre moral, philosophique et pratique.

Ce qu'on peut regretter dans l'usage que la magistrature a fait de l'article 463, relatif aux circonstances atténuantes, c'est de n'avoir pas pris en assez sérieuse considération l'influence que le principe de la durée de la captivité était appelé à exercer dans l'intérêt de la répression de la récidive. Elle n'a pas suffisamment compris combien la brièveté des détentions engendrait la fréquence de la récidive, non-seulement par la restriction apportée à la garantie matérielle de la captivité, mais encore par l'obstacle qu'elle créait à l'action répressive et pénitentiaire, c'est-à-dire au principe de l'intimidation et à celui de l'amendement.

C'est ainsi que la magistrature, insuffisamment convaincue de l'importance du principe de la durée, ne s'est pas toujours préservée de l'écueil des circonstances atténuantes, celui d'aller trop loin dans l'abréviation de la captivité.

Digitized by Google

L'ensemble de tous ces faits explique comment s'est produite l'une des causes principales de la fréquence actuelle ou du cumul de la récidive, que j'avais prévu et signalé il y a bien des années comme la conséquence inévitable d'un mouvement progressif des abréviations de la captivité; car on enlevait ainsi au principe de la durée, au double point de vue matériel et moral, l'efficacité de son action répressive contre la récidive. Sans doute, en additionnant chez ces cumulards de la récidive le temps de leurs condamnations successives, on arrive souvent à un total assez élevé; mais la brièveté de chacune de ces détentions successives n'a pu exercer sur eux aucune impression répressive ou pénitentiaire, tandis qu'au contraire la durée totale eût permis à la discipline de leur laisser une plus sérieuse et durable empreinte.

Il y avait nécessité pour moi de tracer préalablement et rapidement les considérations dont je viens de parler avant d'arriver à exposer les mesures que je propose et à les développer. Mais je ne puis avoir l'indiscrétion de prendre le temps qu'exigeraient leur exposé et leur développement. Je me bornerai donc à leur énumération et à résumer mes idées sous la forme suivante d'un vœu que je soumets à l'appréciation du Conseil, en laissant à sa sagesse à juger de l'opportunité plus ou moins urgente de sa réalisation.

Ce vœu se formule ainsi :

1° A l'égard de la récidive légale qui s'arrête aux condamnations à un an d'emprisonnement, l'étendre jusqu'à celles à un mois, afin d'atteindre la récidive réelle qui, au-dessous d'un an, accuse un mouvement si progressif.

2° Maintenir la condamnation à un an comme maximum pour déterminer l'effectif des condamnés destinés aux maisons départementales de correction, en appelant naturellement ces condamnés, dans les établissements soumis à l'emprisonnement individuel, à profiter de l'abréviation de la captivité stipulée par la loi de juin 1875.

3° Fixer la condamnation à deux ans comme le minimum qui doit déterminer l'effectif des condamnés à transférer aux maisons centrales, afin de délivrer ces établissements des individus condamnés à plus d'un an et à moins de deux qui, arrivant pour un séjour de neuf à dix mois, sont un élément

Digitized by Google

préjudiciable à l'organisation du travail et un élément multiple de la récidive.

4° De là, à partir de plus d'un an jusqu'à deux ans exclusivement, il n'y aurait plus de condamnations à prononcer : suppression que j'ai conseillée depuis longtemps et que quelques législations étrangères ont adoptée. Ainsi se produirait une ligne de démarcation bien tranchée entre les prisons départementales et les maisons centrales et bien nécessaire à établir dans l'intérêt répressif de la récidive.

5° Opportunité d'une circulaire du ministère de la justice pour appeler l'attention de la magistrature sur cette vérité pratique que la réforme pénitentiaire est une réforme de préservation sociale ; qu'à ce titre le principe de la durée de la captivité, d'abord nécessaire au point de vue de la garantie matérielle, qui met le condamné hors d'état de nuire pendant le temps de sa détention, l'est encore au point de vue de la garantie morale du double principe de l'intimidation et de l'amendement sur lesquels repose la discipline réformatrice, car sans le secours du temps il n'y aurait rien à attendre de son efficacité ; insister sur ce principe tutélaire de la durée qui doit à tous les points de vue précités mériter toute la sollicitude de la magistrature.

6° Revenir à la proposition que j'avais faite dès 1832, prise à cette époque en considération et à l'exécution de laquelle on n'a apporté aucun esprit de suite, proposition relative à la création de quartiers spéciaux affectés sous le titre de *quartiers d'exception* aux récidivistes incorrigibles, comme aussi aux détenus qui, dès la première condamnation révélaient une perversité dangereuse, avec faculté de les soumettre, à titre disciplinaire, au régime cellulaire, dont l'application continue ne pouvait excéder un an.

Cette création de quartiers d'exception, jointe à l'introduction du régime cellulaire de nuit que j'ai toujours réclamé dans les maisons centrales, ne répondait pas assurément à tous les vices d'organisation de ces établissements et surtout à l'abus de l'agglomérntion, qui rend l'application d'un régime pénitentiaire impossible. Mais quand on ne peut remédier radicalement au mal, il ne faut pas pour cela renoncer a y rechercher et à y apporter des palliatifs. C'est donc à titre de palliatif seulement que je propose les

Digitized by Google

mesures qui viennent d'être énoncées, et je crois qu'elles ne seraient pas dépourvues d'une certaine efficacité relative dans l'intérêt repressif de la récidive.

J'aurais désiré que tous les membres du conseil pussent être présents à cette discussion et y prendre part afin d'accroître les lumières sur l'examen de cette grave question et l'autorité d'un vote émané du conseil tout entier. Je crois les avis fort partagés parmi les membres présents, et c'est une raison de plus pour regretter les lumières de nos collègues absents. Quand une fois on s'est compté avant le combat, chacun reste fidèle à sa bannière.

Mais ce que je puis espérer, c'est que les arguments que j'ai développés, fortifiés par ceux que développeront mieux que moi les honorables membres de ce conseil, avec lesquels je suis en communauté d'opinion sur cette question, pourront produire peut-être sur quelques-uns de nos honorables adversaires une impression qui survriva à ces débats. Ils seront peut-être amenés un jour ou l'autre à contrôler l'importance des documents historiques que nous avons invoqués, la gravité des faits que nous avons cités, et alors leurs appréciations personnelles sur ces documents et ces faits pourront déterminer chez eux une conversion que nous ne saurions avoir la prétention d'opérer nous-même [1].

[1] Dans le cours de la discussion ouverte par le développement de l'opinion de M. Charles Lucas contre le projet de loi, treize orateurs ont été entendus. Ont parlé en faveur de la transportation : MM. Petit, conseiller à la Cour de cassation; vicomte d'Haussonville, ancien membre de l'Assemblée nationale; Michaux, directeur des colonies; Félix Voisin, ancien préfet de police, conseiller à la Cour de cassation.

Ont parlé en sens contraire : MM. Ch. Lucas, membre de l'Institut; de Pressensé, ancien membre de l'Assemblée nationale; Babinet, conseiller à la Cour de cassation; Faustin Hélie, membre de l'Institut, président honoraire à la Cour de cassation; Fernand Desportes, avocat; R. Béranger, sénateur, vice-président du conseil; G. Picot, directeur des affaires criminelles et des grâces au ministère de la justice; Choppiu, directeur de l'administration pénitentiaire; Mettetal, ancien membre de l'Assemblée nationale.

Vingt-quatre membres étaient présents : treize ont voté pour le projet de loi, onze l'ont rejeté. (*Note de la Rédaction.*)

Digitized by Google

NOTE SUR L'APPLICATION DES LOIS NOUVELLES A L'ALGÉRIE.

Par M. Albert DESJARDINS,
Professeur à la Faculté de droit de Paris.

Un changement semble s'introduire, par l'accord du gouvernement et de la Chambre des députés, dans les principes de notre droit public, au sujet de l'application des lois nouvelles à l'Algérie et même aux colonies. Nous demandons la permission de le signaler et d'indiquer les objections de droit auxquelles donne lieu la manière dont il se produit.

I. Dans le compte rendu de la séance du 24 janvier 1878 à la Chambre des députés, à propos du projet de loi sur l'amnistie, nous lisons :

« M. THOMSON. Messieurs, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, constante depuis 1834, toutes les modifications apportées à une loi en vigueur en Algérie sont applicables à nos trois départements algériens. C'est pour ce motif certainement qu'aucune disposition spéciale n'a été introduite dans la loi qui vient de recevoir la consécration du vote de la Chambre. Cependant, pour empêcher toute équivoque, pour prévenir toute hésitation, mes collègues de l'Algérie et moi nous pensons qu'une déclaration dans ce sens serait nécessaire, et nous demandons à M. le rapporteur de vouloir bien la faire.

« M. RENÉ GOBLET, *rapporteur*. Il n'y a aucun doute sur ce point. C'est une loi générale, elle s'applique à toute la France et, par conséquent, à l'Algérie et aux colonies. Je suis autorisé à le dire au nom de la commission et au nom du gouvernement ! (Très-bien ! très-bien !)

« M. LACASCADE. Son application est surtout nécessaire aux colonies, où la réaction a été aussi forte qu'en France. »

Le 27 janvier, l'Agence Havas communique aux journaux la note suivante :

« Les députés de l'Algérie auraient demandé aujourd'hui à la Chambre d'insérer, dans le projet sur la gratuité de l'enseignement primaire, une disposition étendant à l'Algérie les bénéfices de cette loi, s'ils n'avaient reçu à l'avance de M. le ministre de l'instruction publique l'assurance

Digitized by Google

qu'elle serait applicable à l'Algérie, conformément à la jurisprudence qui tend à s'établir et qu'indiquait M. Goblet dans le débat sur le projet d'amnistie des délits de presse, à savoir que les lois faites pour la France sont applicables à l'Algérie, à moins qu'elles ne contiennent explicitement une disposition contraire. »

Enfin, dans le compte rendu de la séance du 8 février à la Chambre des députés, à propos du projet de loi relatif à l'état de siége, on lit :

« M. Gambetta. Je voudrais demander à la commission et au gouvernement, à raison même du caractère général du projet de loi qui se réfère à la loi de 1849 pour les dispositions qui ne sont pas contraires à la présente loi, s'il est entendu que l'ancien article de la loi de 1849, qui subsiste toujours dans les mots *aux colonies*, est applicable à l'Algérie. — L'Algérie a évidemment un régime qui ne peut être confondu avec celui des colonies ; l'organisation de l'Algérie tend de plus en plus à se rapprocher de celle de la métropole. Je demanderai que cet article 4, relatif aux colonies, ne soit pas appliqué à l'Algérie. Depuis 1852 jusqu'à 1870, l'état de siége, qui avait été mis à la diposition des gouverneurs des colonies, n'a jamais été appliqué à l'Algérie. — Ce n'est que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, en 1870 et 1871, et plus tard en 1874, qu'il en a été fait une application restreinte. — Il est évident, aujourd'hui, que l'Algérie ne rentre plus dans les conditions de l'ancien article de la loi de 1849. — Je pense que sans faire une disposition spéciale, une simple déclaration de M. le rapporteur, d'accord avec le gouvernement, suffirait pour bien établir que la présente loi est applicable à la France et par conséquent à l'Algérie...

« M. Émile Bouchet. Qui en est le prolongement.

« M. le Rapporteur. D'accord avec le gouvernement, la commission déclare qu'en effet l'Algérie n'est plus aujourd'hui soumise au régime colonial ordinaire et que, par conséquent, notre loi s'appliquera, sans difficulté, à l'Algérie comme elle s'appliquera à la France. (Marques d'assentiment.)

« M. le Président. Les observations ont été entendues?... — Je mets aux voix l'article 5. »

Digitized by Google

I. Voici les questions que soulèvent ces trois documents :

1. Pour qu'une loi nouvelle soit applicable à l'Algérie, suffit-il de l'assurance donnée par un ministre, dans une conversation privée, conformément à une « jurisprudence qui tendrait à s'établir, à savoir que les lois faites pour la France sont applicables à l'Algérie, à moins qu'elles ne contiennent explicitement une disposition contraire »? (Note de l'Agence Havas.)

2. Suffit-il que, dans une des deux Chambres, le rapporteur, au nom de la commission et d'accord avec le gouvernement, déclare « que l'Algérie n'est plus aujourd'hui soumise au régime colonial ordinaire et que, par conséquent, la loi s'y appliquera sans difficulté »? (Chambre des députés, M. le rapporteur, 8 février. — De même, M. le rapporteur, 24 janvier.)

3. Cette doctrine s'étend-elle aux colonies? (Chambre des députés, 24 janvier.)

4. Faut-il considérer la loi d'amnistie comme apportant une modification à une loi en vigueur en Algérie et comme pouvant de plein droit s'y appliquer? (M. Thomson, séance du 24 janvier.)

II. Pour répondre à ces questions, il est nécessaire de connaître les principes actuellement admis, et auxquels on semble vouloir déroger.

Un réquisitoire présenté à la Cour de cassation par le procureur général que remplaçait M. Bédarrides, alors avocat général, à l'appui d'un pourvoi formé dans l'intérêt de la loi, contient le passage suivant :

« Voici les principes qu'il importe de rappeler, et que la jurisprudence des trois Chambres a consacrés. — D'une part, la conquête rend applicable de plein droit aux pays conquis la législation de la métropole, dans la mesure où les mœurs et les circonstances le permettent. — D'autre part, les lois postérieures à la conquête pouvant n'avoir en vue que les besoins de la métropole, et les colonies étant soumises partiellement au moins au régime des ordonnances et des décrets, *la nécessité d'une promulgation spéciale a été reconnue, excepté quand la loi nouvelle n'est qu'une simple modification à une loi antérieurement appliquée.*

« C'est sous l'empire de cette double règle que l'ordon-

Digitized by Google

nance du 22 juillet 1834, reconnaissant l'accomplissement de la conquête en Algérie, a rendu exécutoire dans ce pays l'ensemble de la législation antérieure dans la mesure possible (la plupart des Codes font partie de cet ensemble), *tandis que le principe d'une promulgation spéciale a prévalu pour les lois postérieures à cette époque qui ne sont pas de pures modifications à ces Codes*, comme, par exemple, la loi du 8 mai 1844 sur la chasse, celle du 27 mars 1851 sur la répression de certaines fraudes commerciales, etc. — La nature des choses commandait cette solution, car les lois sont l'expression des mœurs de chaque pays, et les mœurs de la métropole et des colonies ne sont pas en général semblables. Aussi, alors même que les colonies ont été soustraites au régime des décrets pour être soumises à celui des lois, le législateur a-t-il reconnu pour elles la nécessité d'une législation spéciale. C'est ce qui résulte de textes nombreux, notamment de l'article 73 de la Charte de 1830 et de l'article 109 de la Constitution du 4 novembre 1848, ce dernier article portant *que le territoire de l'Algérie et des colonies, déclaré territoire français, sera cependant régi par des lois particulières.*

« Aucune difficulté ne se présente quand le législateur a expressément déclaré sa volonté de rendre une loi applicable à l'Algérie comme à la métropole; lorsque, au contraire, il à gardé le silence, la promulgation de la loi met sur la trace de sa volonté, car la loi ne devient exécutoire que par la promulgation, c'est-à-dire, l'ordre de l'exécuter (art. 1 C. civ.). — *Cet ordre a-t-il été général? La loi n'est rendue exécutoire que dans le territoire de la métropole. A-t-il été en outre spécial? Elle devient également exécutoire en Algérie.* »

La Cour de cassation donnait une fois de plus la sanction de son autorité aux principes exposés avec tant de force et de clarté par le réquisitoire : « Attendu que, aux termes de l'article 1er du Code civil, les lois ne sont exécutoires qu'en vertu de la promulgation qui en est faite; — Attendu que, s'il est de principe que les lois générales de la métropole ont été, dans la mesure des mœurs et des habitudes locales, rendues applicables à l'Algérie par le fait seul de la conquête, il est également certain que les lois postérieures n'ont pas été *de plano* appliquées au pays conquis et ont dû être l'objet d'une

Digitized by Google

promulgation spéciale, à moins qu'elles ne renfermassent de simples modifications à la législation antérieure et déjà appliquée. » (Crim. cass., 5 janv. 71, D. P., 71, 1, 65.)

Ainsi, pour qu'une loi nouvelle soit applicable à l'Algérie, il faut, ou qu'elle le déclare formellement elle-même ou qu'elle soit l'objet d'une promulgation spéciale à l'Algérie, ou qu'elle renferme de simples modifications à la législation antérieurement appliquée en Algérie.

Que ces principes soient en vigueur aujourd'hui comme en 1871, c'est ce qui n'est pas douteux. Ils ont été suivis sans aucune contestation, depuis 1871, comme pourraient l'attester des exemples très-nombreux. Du reste, M. Thomson ne les contredisait pas dans la séance du 24 janvier 1878; nous croyons qu'il se trompait en regardant l'amnistie comme une simple modification à la législation appliquée jusqu'ici en Algérie, et nous dirons tout à l'heure pourquoi son opinion nous paraît inexacte; mais il reconnaissait la jurisprudence établie, puisqu'il lui empruntait son argument.

III. Si tels sont les principes, il est impossible de ne répondre pas négativement aux questions posées ci-dessus.

1. Pour qu'une loi nouvelle soit applicable à l'Algérie, suffit-il de l'assurance donnée par un ministre, dans une conversation privée, « conformément à une jurisprudence qui tend à s'établir... à savoir que les lois faites pour la France sont applicables à l'Algérie, à moins qu'elles ne contiennent explicitement une disposition contraire »? (Note de l'Agence Havas.)

L'Agence Havas n'a pas été jusqu'à présent considérée comme pouvant remplacer le *Journal officiel* ou le *Bulletin des lois* quand il s'agit de faire connaître un changement introduit dans les principes de notre droit public.

Quelle est cette *jurisprudence qui tendrait à s'établir*? Elle n'est pas formée par des décisions judiciaires. L'est-elle par une série d'actes administratifs dont on n'a pas entendu parler jusqu'à présent? Nous ne le croyons pas, et d'ailleurs nous nous demandons quelle autorité pourraient avoir ces actes, s'ils existaient. En somme, il est probable que la jurisprudence résulte de l'opinion émise par l'honorable M. Goblet dans la séance du 24 janvier, opinion exprimée, il est vrai, « au nom de la commission et au nom du gouvernement ».

Digitized by Google

Mais cette opinion pouvait-elle constituer une jurisprudence, et une jurisprudence suffisante pour faire passer dans notre droit une si grande innovation?

Reste la conversation du ministre. Ce n'est même pas un acte régulièrement fait par le ministre avec les conditions habituelles de forme et de publicité. Mais un arrêté ministériel, publié ou notifié, peut-il remplacer une loi ou un décret, l'article de la loi nouvelle qui rendrait celle-ci applicable à l'Algérie ou la promulgation spéciale qui aurait le même effet? Ce que le ministre n'a pas le pouvoir de faire, à lui tout seul, sous une forme quelconque, pour une loi en particulier, peut-il le faire en général pour toutes les lois qui seront rendues à l'avenir, en posant un principe nouveau? Quelle sera donc, auprès des juges, par exemple, la valeur de l'assurance ainsi donnée, soit au sujet d'une loi déterminée, soit sur la question du principe?

Les ministres, d'ailleurs, peuvent changer et le successeur peut avoir une autre opinion que son prédécesseur. Dans quel embarras ne mettra-t-il pas les interprètes s'il recourt, lui aussi, à l'obligeante intervention de l'agence Havas pour annoncer que désormais on revient aux anciens principes! Comment appliquera-t-on les lois rendues avant lui et comment faudra-t-il entendre les lois rendues après lui?

2. Suffit-il que, dans une des deux Chambres, le rapporteur, au nom de la commission et d'accord avec le gouvernement, déclare que « l'Algérie n'est plus aujourd'hui soumise au régime colonial ordinaire et que par conséquent la loi s'y appliquera sans difficultés »? (Chambre des députés, 8 février. De même, M. le rapporteur, 24 janvier.)

Observons d'abord qu'il n'y avait pas de commission nommée pour examiner l'état du droit public sur l'application des lois nouvelles à l'Algérie. Une déclaration sur un sujet étranger à celui pour lequel les commissaires ont été choisis par les bureaux perd beaucoup de son autorité.

Quelle est d'ailleurs cette autorité pour ce qui touche la loi en discussion? Ne sait-on pas qu'une déclaration, si formelle qu'elle soit, n'équivaut pas à un texte de loi? Que de fois les tribunaux n'ont-ils pas appliqué une disposition légale, contrairement à ce qui avait été dit de la manière la plus expresse par le rapporteur! Les paroles de celui-ci peuvent

Digitized by Google

avoir une grande importance lorsqu'il s'agit d'interpréter la pensée demeurée obscure du pouvoir dont il a été l'organe, mais il n'est pas possible de les faire prévaloir ou contre cette pensée, quand elle est clairement exprimée, ou contre les principes généraux du droit.

Est-il permis de considérer une déclaration de ce genre, quand elle n'est pas contredite par une Chambre, comme étant une manière d'exercer le pouvoir législatif? Notre droit public n'admet pas que les lois s'établissent par le consentement tacite des corps qui sont chargés de les faire. Mais supposons que l'on s'en tienne à ce mode de procéder sur une question d'application, sur un point secondaire. Le pouvoir législatif est exercé par deux Chambres; la déclaration faite dans l'une aura-t-elle une valeur législative si elle n'est pas reproduite dans l'autre? Le silence de celle-ci sur un détail de discussion que légalement elle n'est pas censée connaître, qui n'est pas porté à sa connaissance par une transmission officielle, sera-t-il pris pour un acquiescement tacite à ce qui a déjà fait l'objet d'un consentement tacite? Un texte voté dans une Chambre n'a force de loi que s'il est également voté dans l'autre. La déclaration d'un rapporteur suffirait-elle à elle toute seule, sans qu'il fût nécessaire de la soumettre à une seconde épreuve, pour changer et fixer la législation?

Il est vrai que les rapporteurs ont fait leurs déclarations d'accord avec le gouvernement; or, à défaut d'un article rendant la loi applicable à l'Algérie, une promulgation spéciale permet d'arriver au même résultat; pourquoi demander au gouvernement cette promulgation, quand il manifeste sa volonté d'une autre manière? Distinguons les divers pouvoirs qui s'exercent sous ce nom de gouvernement. Qui adhère aux déclarations des rapporteurs? Un ministre, ou les ministres. Qui doit faire la promulgation? Le président de la République. Cette promulgation elle-même se fait suivant des formes déterminées. Les règles constitutionnelles qui attribuent telle fonction à telle autorité ne doivent pas être si facilement mises de côté, fût-ce dans la pensée qu'on trouve des équivalents à des formalités jugées en elles-mêmes inutiles.

3. Cette doctrine s'étend-elle aux colonies?

Il n'a été question des colonies que dans la séance du

Digitized by Google

24 janvier à propos de l'amnistie. Ni la note de l'agence Havas, ni les orateurs ou le rapporteur, dans la séance du 8 février, n'en ont reparlé. La théorie paraît, pour elles, aussitôt abandonnée qu'elle a été émise. Ce qui est difficile à soutenir à propos de l'Algérie est impossible à soutenir à propos des colonies qui n'ont pas une ordonnance de 1834 à faire valoir, qui ont sur tant de points leur législation à part et où le domaine des décrets est encore bien autrement étendu.

4. Faut-il considérer la loi d'amnistie comme apportant une modification à une loi en vigueur en Algérie et comme devant de plein droit s'y appliquer? (M. Thomson, séance du 24 janvier.)

Nous ne le croyons pas.

Un exemple de modifications de ce genre nous est fourni par la loi du 27 juin 1866 sur les crimes, délits et contraventions commis à l'étranger. M. Aymé demanda si la loi s'appliquerait à l'Algérie et aux colonies. M. Rouher répondit affirmativement sur le premier point et M. Lenormand, commissaire du gouvernement, ajouta : « Une loi générale, et celle que vous faites aujourd'hui, qui s'incorporera dans le Code d'instruction criminelle dont elle est simplement une modification, est une loi générale pénale, est applicable de droit à l'Algérie. En ce qui touche les colonies, je ne dirai pas qu'il en soit de même et je crois qu'il faut que la loi soit déclarée applicable par décret. Voilà l'état actuel de la législation. » (Séance du 31 mai 1866.)

M. Lenormant allait trop loin quand il disait « qu'une loi générale est applicable de droit à l'Algérie », mais il restreignait sa proposition en faisant remarquer que la loi en discussion modifiait le Code d'instruction criminelle et s'y incorporerait.

Est-ce le même caractère que présente une loi d'amnistie? Elle ne modifie nullement la législation; elle en supprime l'application à certains cas et à certaines personnes. C'est une mesure d'exceptiou. La modification doit être permanente comme la loi elle-même. Un texte nouveau remplace un texte ancien et doit s'appliquer à l'avenir. Les textes en vertu desquels ont été intentées des poursuites, qui détermineraient la manière de procéder, ne vont-ils pas recevoir

Digitized by Google

demain leur application dans les affaires qui ne manqueront pas de se présenter?

IV. Nous n'avons pas la pensée d'examiner s'il est opportun que, d'une manière générale, toutes les lois nouvelles soient déclarées applicables à l'Algérie et même aux colonies, sauf dérogation expresse, ni s'il est opportun que les lois sur l'amnistie et sur l'état de siége en particulier soient déclarées applicables à l'Algérie et aux colonies. Nous avons seulement voulu signaler une théorie qui nous a paru inexacte, un mode de procéder qui nous a paru irrégulier. La théorie, c'est que, dans l'état actuel de notre droit public, l'application de toute loi nouvelle à l'Algérie et aux colonies soit de droit. Le mode de procéder est celui qui met à la place ou d'une loi ou d'une promulgation la déclaration faite par un rapporteur dans une des deux Chambres au nom de la commission et avec l'accord du gouvernement, l'assurance donnée par un ministre dans une conversation privée avec des députés et communiquée au public par un organe officieux.

Qu'il s'agisse de faire passer dans notre droit public la théorie générale pour lui donner l'autorité qui lui manque actuellement ou d'étendre sur le territoire algérien comme sur le territoire colonial l'empire d'une loi nouvellement votée, ce mode de procéder est non-seulement irrégulier, mais encore inconstitutionnel.

Les tribunaux devront-ils admettre la théorie contraire à celle qu'ils ont appliquée jusqu'à présent? Devront-ils s'incliner devant un mode de procéder contraire au droit public et aux formes mêmes de la constitution? S'ils persévèrent dans leur jurisprudence, s'ils ne reconnaissent pas que les principes généraux, suivis jusqu'à présent par eux, aient pu être modifiés autrement que par un acte officiellement promulgué des pouvoirs compétents, s'ils demandent, pour appliquer les lois nouvelles en Algérie, quel est le texte qui les y oblige ou le leur permet, quand a été faite la promulgation regardée, à défaut de ce texte, comme indispensable, les justiciables ne se plaindront-ils pas d'avoir été induits en erreur, et n'est-il pas bon de signaler, quand il en est temps, le danger auquel on les expose en croyant servir leurs intérêts?

ALBERT DESJARDINS.

Digitized by Google

LES SOCIÉTÉS DE PATRONAGE ET LES ÉTABLISSEMENTS DE REFUGE

POUR LES LIBÉRÉS ADULTES.

Par M. H. Pascaud, juge d'instruction à Sancerre.

I

Depuis longues années, la question du patronage des libérés adultes préoccupe à bon droit les pouvoirs publics. Il est aisé de le comprendre : l'action des sociétés de patronage est sans conteste le moyen le plus efficace que l'on puisse employer pour prévenir les récidives, cette plaie funeste qu'un bon système pénitentiaire doit s'efforcer de guérir. Aussi les circulaires ministérielles succèdent-elles aux circulaires ministérielles; des idées excellentes au moins sous certains rapports sont émises sur la matière, et, quand on recherche comment de la théorie on est passé à la pratique, on s'étonne avec raison du peu de résultats qu'elles ont produit. A part Lyon, Rouen, Paris et Versailles, il n'est guère de localités où des sociétés de patronage aient été constituées. Cependant, dès 1842, M. le comte Duchâtel, alors ministre de l'intérieur, avait déterminé les conditions que l'administration croyait devoir recommander pour l'organisation du patronage. Il importe d'en résumer ici les principales dispositions.

Les commissions de surveillance des prisons établies par les ordonnances royales des 9 avril 1819 et 25 juin 1823 formaient le noyau des sociétés de patronage. Ces commissions avaient la faculté de s'adjoindre toute personne qui voulait participer à l'œuvre du patronage. Le travail était libre; l'administration se prononçait contre l'internement des libérés dans des asiles de refuge institués par l'État, et contre leur admission volontaire dans des établissements dus à l'initiative privée. Selon elle, c'était seulement dans la commune habitée par le libéré qu'il était possible de lui assurer le bienfait d'un patronage efficace. Le ministre de l'intérieur enfin préconisait exclusivement les placements individuels. Diverses causes, les unes éphémères, les autres permanentes, sur lesquelles nous nous expliquerons plus loin, ont empêché

Digitized by Google

cette remarquable circulaire de produire les effets qu'on en pouvait attendre.

Pendant longtemps on ne s'occupa plus du patronage dans les régions officielles. Deux lois votées par l'Assemblée nationale en 1874, l'une sur la surveillance de la haute police, et l'autre en 1875 sur les prisons départementales et le régime de l'isolement pour les peines de courte durée, devaient ramener l'attention du gouvernement à ce sujet si important. Le ministre de l'intérieur, dans une circulaire du 15 octobre 1875, rappela les principes proclamés par M. Duchâtel, insista sur la nécessité d'organiser les sociétés de patronage et établit comme règle que ceux-là seuls qui l'auraient méritée par une bonne conduite pendant la durée de leur peine obtiendraient l'assistance de ces sociétés. On pouvait, dans certains cas, faire des avances aux libérés, mais on ne devait jamais leur donner des secours. Le ministre indiquait ensuite les ressources financières qui devaient alimenter l'œuvre. Le 10 juin 1877, paraissait une nouvelle circulaire se référant aux précédentes, dans laquelle se trouvait signalée l'allocation de 20,000 francs inscrite au budget pour subventionner les sociétés de patronage.

Si les circulaires de l'avenir ne doivent pas être plus fécondes en résultats utiles, si la société des prisons récemment formée ne donne pas une active impulsion à l'œuvre du patronage, ce n'est pas de longtemps que les sociétés seront entièrement constituées. Comment tant de bonnes intentions, tant d'idées justes fortes de l'initiative gouvernementale ont-elles abouti à un insuccès manifeste? C'est ce qu'il importe d'étudier, afin d'appliquer dans la mesure de ce qui est possible, à cette situation fâcheuse, le remède qu'elle comporte.

II

Les agitations politiques ont plus d'une fois entravé ou retardé dans notre pays l'avénement des réformes réclamées par l'opinion publique. L'œuvre du patronage s'en est ressentie, en 1848 notamment. Mais ce n'est point à cette cause toute seule qu'il faut attribuer l'impuissance de l'administration à organiser les sociétés de patronage. Ses bonnes intentions, sous les gouvernements les plus divers, se sont

Digitized by Google

affirmées avec une louable persistance, mais les procédés administratifs mis en œuvre ont été mal choisis. Une longue expérience a démontré l'inefficacité des circulaires ministérielles pour la constitution des sociétés de patronage. Comment s'étonner d'un résultat que l'on aurait dû pressentir? Les circulaires n'ont ni l'importance ni l'autorité des lois et décrets; elles ne sont obligatoires que pour ceux qui, directement ou indirectement, relèvent du ministère de l'intérieur. Avec le temps qui s'écoule, avec les modifications politiques ou administratives qui se produisent, avec les idées qui se renouvellent, leur autorité déjà si restreinte tend chaque jour à s'amoindrir. Pour remédier à cet inconvénient, nous croyons qu'aux prescriptions ministérielles il serait nécessaire de substituer le décret rendu en la forme des règlements d'administration publique par le président de la République. Ainsi du moins la notoriété, l'autorité ne feraient pas défaut aux mesures qui ont pour but d'organiser les sociétés de patronage. Ce décret déterminerait les bases et les principes généraux applicables à l'œuvre du patronage : les circulaires que l'on pourrait élaborer ensuite indiqueraient les moyens d'exécution les plus avantageux au développement des sociétés qu'il s'agit d'établir.

C'est le propre des ministères essentiellement politiques comme le ministère de l'intérieur de changer fréquemment de titulaire et de personnel. La force des choses le veut ainsi : lorsque les principes et les idées d'un gouvernement se modifient, les agents du pouvoir exécutif qui représentent des principes et des idées opposés ne peuvent être maintenus à leur poste. Il en résulte, dans un pays agité comme le nôtre, que les fonctions administratives ont peu de fixité, et, par voie de conséquence, que ceux qui les exercent n'ont ni l'esprit de suite, ni la liberté d'action, ni le temps nécessaire pour mener à bonne fin des œuvres de longue haleine, surtout lorsqu'elles ne sont pas exclusivement politiques. Personne ne contestera que les divers ministres de l'intérieur qui se sont succédé depuis plusieurs années n'ont guère pu se livrer avec calme à l'organisation du patronage. Une pareille constatation étant faite, ne serait-il pas possible, dans l'intérêt sainement entendu de notre régime pénitentiaire, d'assurer à l'administration des prisons et aux institutions

Digitized by Google

d'amendement qui s'y rattachent une stabilité plus grande? Dans cet ordre d'idées, on réunirait les prisons et les sociétés de patronage au ministère de la justice dont les titulaires ne sont point immuables sans doute, mais où des changements de personnel moins fréquents et des préoccupations politiques moins grandes offriraient plus de garanties pour la bonne administration pénitentiaire et la constitution du patronage. Cette réforme, sur laquelle nous n'insisterons pas autrement et qu'on réclame depuis longtemps déjà en France, a été adoptée dans un pays voisin, la Belgique, qui cependant avait hérité de nos errements administratifs. Aussi bien il paraît juste et conforme aux véritables principes que l'autorité qui requiert ou prononce la peine soit chargée d'en surveiller l'exécution et les conséquences, et, par suite, ait à s'occuper de tout ce qui concerne l'amendement des condamnés.

Il ne faut point se faire illusion : la cause principale qui empêche la création des sociétés de patronage, c'est que la tâche imposée aux commissions de surveillance des prisons qui en doivent former le noyau est trop lourde pour elles. Est-ce une mesure indispensable et bien pratique après tout que de couvrir la France de sociétés de ce genre? Nous ne le croyons pas. L'œuvre a sans doute une réelle utilité, mais, faute de rencontrer des dévouements, des ressources et des moyens d'action suffisants, elle ne peut se constituer sur un plan aussi vaste, ou, si elle s'organise, elle ne tarde pas à être frappée d'impuissance. Qui donc, dans les chefs-lieux d'arrondissement, peut s'occuper du patronage, à part un petit nombre de fonctionnaires sans racines dans le pays ou surchargés de travail, et de rares esprits accessibles aux idées de progrès social? Les autres individualités, absorbées par le soin de leurs affaires, guidées par un étroit égoïsme, resteront étrangères à une œuvre qu'elles ne comprendront pas, où leur propre intérêt pas plus que l'intérêt général ne leur paraîtra sérieusement engagé. Il faut donc renoncer à un système qui a porté ses fruits et abandonner sans retard les errements du passé, si l'on veut enfin constituer des sociétés de patronage viables et pleines d'avenir. Les commissions de surveillance des prisons d'arrondissement ne sont pas en mesure de remplir l'office des sociétés de patronage; elles devront se ren-

Digitized by Google

fermer dans la mission qui leur est tracée par les ordonnances de 1819 et de 1823. C'est avec d'autres éléments que l'œuvre du patronage s'organisera : nous la voulons plus centralisée et plus énergique qu'elle ne le serait en disséminant ses ressources et ses forces, ainsi qu'on le propose.

L'exemple de la Belgique avec ses trop nombreuses sociétés de patronage ne doit pas être perdu pour nous. Un arrêté royal du 14 décembre 1848 avait institué un comité de patronage par canton sous la présidence du juge de paix. Ces comités devaient exercer le patronage sur tous les libérés adultes qui en réclameraient le bénéfice. Leurs ressources se composaient des masses de sortie des condamnés et des subventions de l'État. Cette institution n'a pas donné les résultats favorables auxquels on s'était attendu. Il n'y a plus actuellement que quelques comités en fonctions. Un crédit de 14,000 francs est inscrit au budget du ministère de la justice en faveur de l'œuvre du patronage : il se répartit entre le conseil d'administration de la maison de refuge à Liége, entre le comité des écoles de réforme de Ruysselade et de Beernem, le comité d'inspection et de surveillance de la maison pénitentiaire de Saint-Hubert et la commission administrative des prisons de Namur. Ainsi le patronage a complétement échoué en Belgique. Est-ce une raison pour ne pas essayer de l'établir en France? Assurément non; mais il faut tenir compte de l'expérience si concluante qui a été faite chez nos voisins. Nous devons restreindre dans de justes limites une organisation qui n'aboutira à aucun résultat utile, si on l'étend outre mesure.

Dans un autre ordre d'idées, le nombre des condamnés compris dans le programme du ministère de l'intérieur est trop considérable. Certes, l'application du patronage à tous les libérés sans distinction serait éminemment utile. Mais la nécessité de cette organisation s'impose moins impérieusement en ce qui concerne les coupables frappés de peines minimes qu'en ce qui touche les individus soumis à la surveillance de la haute police, quelle que soit la durée de la peine principale, ou ceux qui ont été condamnés à moins de huit ans de travaux forcés, à la reclusion, à l'emprisonnement pour plus de six mois, mais dispensés de la surveillance. Chez ces libérés, l'immoralité est plus accusée : les

Digitized by Google

condamnations qu'ils ont subies ont trop souvent pour effet de leur enlever le goût et la possibilité du travail. A ce double point de vue moral et matériel, ils doivent donc être les premiers appelés à profiter de l'œuvre du patronage. L'intérêt social exige qu'on s'occupe avant tout du sort des condamnés les plus dangereux.

C'est, en conséquence, sur les libérés placés sous la surveillance que l'œuvre du patronage devra tout d'abord exercer son action. Sans doute, depuis la loi de 1874, la peine de la surveillance est moins longue et moins pénible que sous le régime du décret de 1851. Elle n'en produira pas moins encore de bien funestes effets lorsque la situation du condamné sera publiquement connue. Le surveillé est trop souvent un objet d'horreur et de mépris; quelle que soit sa conduite, qu'il s'amende ou coutinue à suivre de criminels errements, c'est un paria que l'on repousse, une sorte de pestiféré que l'on fuit avec épouvante. Comment, sous l'empire de cette déchéance morale persistante, tenace, fatale, pourra-t-il revenir au bien? Alors il se plonge dans le mal avec furie et déclare à cette société qui le rejette une guerre implacable. Si le condamné n'a pas de ressources, malheur à lui! Vainement il voudra se repentir, se livrer au travail et mener une conduite exemplaire. Son passé se dresse devant lui comme un obstacle insurmontable. Les ateliers se ferment lorsqu'il demande du travail, ses concitoyens le repoussent et personne ne consent à employer un homme aussi dangereux, tant est grande à son égard la malveillance publique. Le voilà acculé dans une impasse, et pourtant il faut vivre. Alors il soustrait avec effraction un peu de cet or qui lui créera des moyens d'existence, et, comme conséquence, est plongé à nouveau dans l'enfer des bagnes. L'œuvre du patronage saura adoucir des situations désespérées quelquefois et toujours pénibles; elle emploiera au profit des surveillés le remède le plus efficace dont on puisse faire usage, le travail qui leur procure des ressources, les moralise et bannit de leur esprit la pensée du crime.

Alors même qu'ils ne sont pas soumis à la surveillance, les condamnés aux travaux forcés pour moins de huit années, ceux qui ont été graciés, les réclusionnaires, le individus qui ont subi un emprisonnement de plus de six

Digitized by Google

mois se trouvent parfois à l'expiration de leur peine dans des conditions d'existence bien difficiles. On leur refuse du travail, on les traite avec dureté, on se montre impitoyable à leur égard. Certes, leur immoralité antérieure, la défiance bien légitime qu'inspirent leur passé et les condamnations qui en ont été la conséquence n'expliquent que trop le mépris qui les atteint; toutefois, dans une société bien organisée, il est impossible que les pouvoirs publics ne s'efforcent pas de remédier à un aussi triste état de choses. La société est en effet intéressée à ce que les coupables qu'elle a frappés ne retombent pas dans le crime. Elle doit donc tendre une main secourable à ces divers condamnés : la sécurité de tous, la bonne administration du pays l'exigent impérieusement. Les sociétés de patronage auront mission d'intervenir au profit des libérés adultes que nous venons d'énumérer et leur action bien dirigée produira, nous en avons la conviction, de salutaires effets.

Nous avons démontré que les sociétés de patronage ne doivent pas se confondre avec les commissions de surveillance des prisons instituées dans chaque arrondissement; que, pour rendre leur action plus efficace, il faut restreindre leur nombre et n'accorder leur assistance qu'à ceux qui en ont le plus besoin, aux libérés placés sous la surveillance ou qui ont été frappés de certaines peines graves. Nous devons maintenant déterminer les bases de l'organisation du patronage. C'est dans les chefs-lieux de département seulement que devraient se constituer les sociétés de patronage. Elles feraient appel à tous les dévouements, à toutes les initiatives. Les préfets, les secrétaires généraux, les maires et adjoints, des délégués choisis par le conseil municipal au nombre de deux, les présidents, vice-présidents, juges d'instruction, procureurs et substituts, les curés des paroisses du chef-lieu de département en feraient partie de droit. Toute personne qui voudrait participer à l'œuvre du patronage payerait une cotisation annuelle, et serait admise d'abord par les membres de droit, puis par le conseil d'administration. Les sociétés auraient dans chacun des juges de paix des cantons, dans les présidents, juges d'instruction et procureurs des chefs-lieux d'arrondissement des membres correspondants dévoués qui étendraient sur le département tout entier l'influence bien-

Digitized by Google

faisante du patronage. Un conseil d'administration de douze membres serait chargé de la direction financière et administrative. Parmi les autres membres seraient choisis ceux qui s'occuperaient plus spécialement du patronage et qu'on appellerait les *patrons*. Leurs fonctions consisteraient à exercer une surveillance bienveillante sur les condamnés, à les éclairer de leurs conseils et à leur donner une bonne direction morale. Ils s'efforceraient aussi de leur procurer du travail, les recommanderaient aux agriculteurs, aux industriels, aux entrepreneurs de travaux, et useraient de tous leurs moyens d'action pour leur procurer des placements individuels avantageux. Les libérés qui manqueraient de ressources premières pourraient recevoir des avances, soit en nature pour les outils, soit en espèces. Enfin les sociétés de patronage amélioreraient par tous les modes possibles la situation matérielle et morale des condamnés. A ceux qui donneraient des garanties sérieuses d'amendement, elles faciliteraient l'obtention d'une réhabilitation qui les relèverait à leurs propres yeux et aux yeux de leurs concitoyens. Leur protection s'étendrait même sur les familles des libérés, trop souvent plongées dans l'immoralité et la misère.

Les condamnés devraient réclamer le bénéfice du patronage avant leur libération, autant que possible. Pour l'obtenir, ils seraient tenus de justifier d'une conduite satisfaisante pendant la durée de leur peine. A cet effet, ils adresseraient une demande à la société de patronage du département où ils devraient ou voudraient résider. Celle-ci prendrait auprès des directeurs des maisons pénales tous les renseignements utiles sur leurs antécédents, leur caractère, leurs aptitudes, de manière à rendre ainsi l'action du patronage plus efficace et plus féconde. Il va de soi que des fautes graves pourraient entraîner le retrait du patronage.

Outre les cotisations de leurs membres, les ressources financières des sociétés de patronage comprendraient les dons et legs des particuliers, le capital d'une rente de 27,581 francs léguée aux prisonniers, les subventions de l'État et des départements. Il y a lieu de croire que ces ressources seraient suffisantes pour donner à l'œuvre du patronage l'impulsion et la vitalité désirables.

Il s'est fondé à Paris, en 1871, une société générale pour

Digitized by Google

le patronage des libérés qui a été reconnue comme établissement d'utilité publique par décret du 4 novembre 1875. Son mécanisme administratif est trop compliqué pour s'adapter aux sociétés départementales. Nous croyons néanmoins qu'il est intéressant d'en décrire l'organisation et d'en résumer les statuts.

Le but que poursuit la société est de ramener aux habitudes d'une vie honnête et laborieuse les libérés adultes des deux sexes, de faciliter leur rapatriement ou leur émigration aux colonies et enfin de créer des asiles où les condamnés pourront se livrer à des travaux industriels ou agricoles. Le siége de la société est à Paris, d'où elle étend son action sur toute la France par ses membres correspondants, ou par les œuvres de patronage avec lesquelles elle entretient des rapports.

La société se compose de présidents honoraires qui sont : MM. le garde des sceaux, le ministre de l'intérieur, l'archevêque de Paris, le préfet de la Seine et le préfet de police, de donateurs, de souscripteurs, de membres honoraires, de membres correspondants et de délégués pour le placement. Le titre de donateur est acquis à toute personne dont la cotisation annuelle est de 100 francs au moins et qui s'engage à la payer pendant quatre ans. On appelle souscripteurs tous ceux qui prennent l'engagement de verser pendant une ou plusieurs années une somme dont ils fixent eux-mêmes la quotité en souscrivant. Les membres correspondants, les délégués pour le placement, les membres honoraires, sont élus par le conseil d'administration.

Les ressources de la société se composent des revenus de toute nature provenant des biens de l'association, des donations et souscriptions de ses membres, des subventions qui pourront être accordées par le gouvernement et des donations et legs dont l'acceptation aura été autorisée.

L'organisation de la société comprend un conseil d'administration, un bureau et quatre comités, plus un comité spécial de dames pour le patronage des femmes et des jeunes filles. Le conseil d'administration est composé de trente membres choisis parmi les fondateurs élus par eux pour douze années et renouvelables par quart tous les trois ans sur une liste triple présentée par le bureau. Les membres sortants sont rééligibles. Le bureau comprend un président,

Digitized by Google

quatre vice-présidents, un secrétaire général, un secrétaire adjoint, un trésorier. Il est nommé pour trois ans par le conseil d'administration et pris dans son sein. Un agent général attaché au bureau recueille les souscriptions et fait les démarches nécessaires pour le placement des libérés. D'autres agents ou employés peuvent être mis à la disposition du bureau. Les quatre comités sont : le comité de fondation, le comité de matériel et finances, le comité de surveillance et de placement, le comité du contentieux et des affaires générales.

Le conseil d'administration délibère sur tous les sujets qui intéressent la société, choisit les employés et agents de l'œuvre et peut provoquer les modifications dont les statuts paraissent susceptibles. Le bureau veille à l'exécution des règlements et statuts, prépare les matières soumises aux délibérations du conseil, présente les candidats aux fonctions d'employés de l'association, provoque au besoin leur révocation et se met en rapport avec les commerçants, agriculteurs, industriels qui veulent bien occuper les libérés. Les attributions de la plupart des comités se comprennent d'après leurs dénominations elles-mêmes; le comité de fondation est chargé de faire toutes les études préparatoires pour la construction et l'organisation des asiles. Le président représente la société dans tout ce qui concerne la gestion de ses intérêts, dirige ses travaux, préside les assemblées particulières et générales. Le sociétaire général exécute les décisions du conseil d'administration et dirige, sous le contrôle du bureau, les différentes parties du service. Le trésorier perçoit les sommes qui doivent être versées dans les caisses de la société, acquitte les dépenses sur mandat délivré par le président ou un membre ordonnateur désigné par ce dernier et visé préalablement par le secrétaire général. Il présente tous les six mois un état détaillé de de la situation de sa caisse au conseil d'administration. Tous les ans, les membres de la société sont convoqués en assemblée générale pour entendre le compte rendu des travaux et de la situation financière de l'œuvre.

III

Dans certaines circonstances particulières, il peut arriver que le patronage soit impuissant à procurer aux libérés le

Digitized by Google

travail qui est pour eux un moyen de subsistance et de moralisation tout à la fois. La société, dans l'intérêt de sa sécurité, ne sera-t-elle pas tenue, au moins dans une certaine mesure, d'assurer aux condamnés l'emploi de leur activité et de leurs aptitudes? Ici se place la question des établissements de refuge, question délicate qui ne peut être tranchée qu'à la condition de ne pas créer un droit au travail au profit d'individus malheureux sans doute, mais avant tout et surtout coupables.

Nous écartons tout d'abord l'organisation par l'État d'asiles officiels de refuge. Les libérés, même ceux qui sont soumis à la surveillance, sont libres : leur admission obligatoire dans ces sortes d'asiles aurait pour effet de substituer à la liberté dont ils jouissent une espèce de détention administrative. En supposant d'ailleurs que la société n'excède pas son droit en imposant aux condamnés un internement de cette nature, elle ne devrait s'y décider qu'autant qu'elle en retirerait des avantages sérieux. Or, est-il besoin de le dire? cette accumulation de condamnés présenterait des dangers de toute sorte; elle transformerait en maisons pénales des établissements créés surtout pour procurer du travail aux libérés. On ne s'amende guère dans les lieux de détention dirigés par l'État, l'expérience le prouve tous les jours; les asiles officiels auraient donc une influence funeste sur la moralisation du condamné. Dans un autre ordre d'idées, la création de pareils établissements grèverait d'une lourde charge notre budget déjà si obéré. Cette idée n'est pas pratique; en conséquence, il faut y renoncer.

En revanche, peut-on recourir à l'initiative privée pour la fondation d'asiles libres dans lesquels les libérés seraient volontairement admis? Certains esprits et l'administration elle-même pendant longtemps ont cru voir dans l'érection de semblables établissements je ne sais quelle organisation de la charité légale et du droit aux secours ou au travail. Comment admettre un pareil privilége, disent-ils, en faveur de gens profondément corrompus et frappés de condamnations graves, alors que des ouvriers honnêtes manquent parfois de travail et ne parviennent pas toujours à gagner leur subsistance? Si la question devait se poser ainsi, il faudrait reconnaître que l'objection est fondée. Mais il est aisé de voir

Digitized by Google

qu'elle n'est que spécieuse. Ce n'est pas en vertu d'un droit quelconque des condamnés qu'il y a lieu d'organiser ces établissements; la société ne doit rien aux libérés. Mais la sécurité sociale et la bonne administration exigent qu'on leur procure du travail. Dans ce but, l'État favorise la création de refuges pour les condamnés qui voudront s'y faire admettre. Rien de plus logique, de plus naturel, de moins critiquable. Du reste le gouvernement, en approuvant les statuts de la société de patronage de Paris qui prévoient la fondation d'asiles libres, a formellement renoncé à cette doctrine erronée.

Puisque la création des asiles de refuge est légitime et utile, l'État doit encourager l'initiative privée à marcher dans cette voie féconde. Des subventions, des récompenses honorifiques stimuleront les dévouements, et, si les agitations stériles de la politique n'entravent point cette œuvre de progrès, on peut espérer que, dans quelques années, les principales régions de notre pays seront dotées d'établissements de cette nature. Déjà le sud-est de la France possède un asile créé avec des moyens restreints, par la seule force d'une idée moralisatrice et d'un dévouement sans limites : nous voulons parler de l'établissement de Saint-Léonard, situé à Couzon (Rhône) et dirigé par M. l'abbé Villion avec un zèle au-dessus de tout éloge. A ceux qui lui reprocheront de ne pas être un établissement laïque, nous repondrons que, dans l'intérêt des libérés et de la société, il faut accepter tous les dévouements, qu'ils viennent de l'idée sociale ou de l'idée religieuse, et que cette dernière n'est pas la moins féconde en œuvres utiles et pratiques.

L'établissement de Saint-Léonard, fondé le 1er juin 1864 par la société des Hospitaliers ayant à sa tête M. Blanc Saint-Hilaire et un conseil d'administration recruté dans la société lyonnaise a eu les commencements, les plus modestes. Moyennant 8,000 francs, on acheta de la compagnie du Lyon-Méditerranée un terrain et un vieux bâtiment avec jardin. Plus tard, l'ordre de Citeaux fut chargé de la direction. En 1868, l'œuvre fut reconnue comme établissement d'utilité publique. A cette époque, l'asile pouvait contenir cinquante libérés. Son budget actuel est de 38,000 francs dont 33,000 proviennent du travail des réfugiés; le reste est le fruit des libéra-

Digitized by Google

lités de l'État. L'établissement, pour être en mesure de prospérer et d'offrir en tout temps du travail aux libérés, a voulu allier l'agriculture à l'industrie. Possesseur d'un terrain de 114 hectares situé dans l'Isère qui lui a été légué en 1872, il a créé une succursale dans la commune de Brangins sous la direction de l'abbé Bonhomme. Vingt libérés adultes y sont employés tant à la culture de la terre qu'à la fabrication des toiles.

L'asile Saint-Léonard accueille les libérés adultes de toutes les prisons de France sur la recommandation du directeur ou de l'aumônier, jusqu'à l'âge de quarante-cinq ans. On exige un engagement de six mois au moins. Les réfugiés, outre une gratification hebdomadaire de 40 centimes pour leur tabac, reçoivent à titre de pécule 10 p. 100 sur le prix de leur travail. La moyenne des salaires est de 2 fr. 50 c. à 3 francs par jour. Les contre-maîtres sont mieux rétribués. L'entretien et la nourriture des libérés sont au-dessus de l'ordinaire des ouvriers. Le travail quotidien dure onze heures et est coupé par trois repos ou récréations. Les réfugiés ont quatre heures de sortie libre chaque dimanche. Pendant les premiers mois, les entrants sont astreints chaque jour à suivre un catéchisme de quelques instants. La plus entière liberté leur est laissée d'ailleurs au point de vue des pratiques et des exercices religieux. Les réfugiés comptent en moyenne douze ou quinze condamnations par personne. L'administration est dirigée par un conseil qui a mission de contrôler la gestion du directeur.

Tel est cet asile, le premier de ce genre qui ait été fondé en France. Grâce à l'énergie de son directeur, fidèle à cette devise de progrès et de noble confiance « *crescam et ibo* », il a su vaincre les difficultés de ses débuts, et, par les résultats obtenus pendant douze années, il a prouvé que les établissements de refuge pour les libérés adultes sont non-seulement possibles, mais utiles et indispensables même au fonctionnement d'un bon régime pénitentiaire. Honneur donc au courageux apostolat de ceux dont les efforts ont imprimé à cette œuvre le caractère d'efficacité pratique que nous sommes heureux de signaler ! H. PASCAUD.

Digitized by Google

EXAMEN CRITIQUE

DE L'ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION.

(Félix contre Gimat.)

Par M. Bugniet, avocat à Bergerac.

La Cour de cassation a rendu, le 2 juillet 1877, un arrêt qui blesse trop profondément les intérêts des propriétaires de bois pour qu'on ne le soumette pas à un sérieux examen.

Aux termes de cet arrêt, celui qui possède un bois depuis de longues années, depuis plus de trente ans, celui qui, de tout temps, a ouvertement exploité ce bois en taillis, actionné qu'il est par son voisin en arrachement de tout ce qui n'est pas à la distance réglementaire ou légale, ne peut invoquer l'existence plus que trentenaire de son fonds, à l'état de sol forestier. La prescription ne s'induit pas d'une telle possession. Voici les raisons émises par la Cour de cassation :

« Vu l'article 672, § 1er, du Code civil;

« Attendu que les arbres qui se trouvent sur un fonds « voisin à une distance moindre que la distance légale tom- « bent sous l'application de la disposition précitée, alors « même qu'ils sont spontanément excrus de racines ou ac- « crus sur la couronne d'anciennes souches ravalées au ni- « veau ou à quelques centimètres du sol et que le droit, pour « le propriétaire voisin, de demander l'arrachement de cet « arbre, ne cesse que lorsqu'ils sont protégés par la pres- « cription trentenaire; — Attendu que la prescription ne « commence à courir, à raison de la condition de publi- « cité exigée pour la possession sur laquelle elle se fonde, que « du jour où, sortis des souches qui les ont produits, les ar- « bres deviennent visibles; que ce n'est donc pas par l'âge « de ces souches, mais par celui des arbres eux-mêmes, que « se règle le terme pour l'accomplissement de la prescrip- « tion; —Attendu que ces principes s'appliquent aux arbres « faisant partie d'un bois exploité en taillis, comme à tous « autres; qu'il ne saurait dépendre du propriétaire d'un bois « de se soustraire, en adoptant tel ou tel mode d'exploitation, « à l'observation des règles établies par la loi dans l'intérêt « des propriétaires voisins; — D'où il suit qu'en décidant « le contraire et en rejetant la demande tendant à l'arra-

Digitized by Google

« chement des arbres qui ne se trouvaient pas à la distance « légale du fonds du demandeur et qui n'avaient pas trente « années d'existence, par le motif que ces arbres faisant « partie d'un bois exploité en taillis, étaient excrus sur d'an- « ciennes souches âgées de plus trente ans, le jugement at- « taqué a violé la disposition ci-dessus visée ; — Casse. »

On ne conteste pas que les articles 671 et 672 du Code civil soient applicables aux bois comme aux arbres séparés; mais ce qui est contestable et contesté, c'est qu'un propriétaire de bois taillis ne puisse se prévaloir de la présence de souches plus que trentenaires pour prouver qu'il a prescrit le droit de continuer à posséder son fonds à l'état de sol boisé.

Que s'est-il passé, en effet, dans le domaine de ce propriétaire? Sur un terrain nu il a établi un bois. Il a donné à sa plantation tous les soins nécessaires. Il l'a aménagée en taillis; au moment venu, il a fait une coupe, puis d'autres successivement. Témoin de sa plantation, le voisin l'a vu pendant plus de trente ans la soigner, la diriger pour une exploitation en taillis, faire périodiquement des coupes, les enlever. Rien ne lui a été caché de l'intention de ce propriétaire de posséder un bois taillis dans les conditions d'un incommode voisinage. Telle est la situation du défendeur à la demande en arrachement d'arbres que la Cour de cassation a eu à apprécier, situation différente de celle d'un possesseur d'arbres isolés, et qui, plus soigneusement étudiée, permet de poser la question de savoir si les articles 671 et 672 du Code civil exigent que le propriétaire d'un bois qui l'a possédé pendant plus de trente ans, qui, dans cette période de temps, l'a soumis à des coupes réglées, arrache la partie de ce bois qui n'est pas à la distance du fonds voisin voulue par la loi?

Que le propriétaire qui établit un bois dans sa propriété, soit tenu de se retirer à la distance de l'héritage voisin déterminée par la loi, c'est un point qui est hors de doute. Mais si, dans l'établissement de son bois, ce propriétaire n'a pas tenu compte de cette distance, si pendant trente ans il a possédé son fonds à l'état de sol boisé, il a acquis une servitude sur son voisin que celui-ci est tenu de respecter. Nous disons, avec intention, qu'il a acquis une servitude sur son voisin, parce que si cela est, le droit que la possession aura produit ne pourra s'éteindre que par l'un des modes dont s'éteignent

Digitized by Google

les servitudes. Or, il est de doctrine qu'en pareille hypothèse, la possession trentenaire donne au possesseur une servitude sur le fonds voisin.

« La nécessité, dit Bourbeau, *De la justice de paix*, n° 258, « d'observer une distance réglementaire ou légale a-t-elle le « caractère d'une servitude imposée au profit de l'héritage « voisin, à l'héritage sur lequel la plantation a lieu? Pour ré- « soudre cette question, il suffit de se reporter aux principes « que j'ai développés à l'occasion d'une demande d'éla- « gage. L'observation d'une certaine distance entre l'arbre « ou la haie et l'héritage d'autrui, étant la condition commune « imposée à tous les héritages, ne peut être considérée, « malgré les termes de la loi, comme constituant une servi- « tude. La servitude a lieu, au contraire, au profit de l'héri- « tage où les plantations existent, lorsque, soit par la con- « vention, soit par la prescription, soit par la détention du « père de famille, le droit se trouve acquis de conserver ces « plantations à une distance plus rapprochée du fonds voisin « que la distance légale ou d'usage. »

Marcadé (t. II, p. 610, n° 622) et M. Demolombe (*Des servit.*, t. Ier, n° 501) s'expriment dans le même sens que Bourbeau.

Que fait le possesseur en coupant son bois? Un acte de possession. Est-il possible que cet acte qui, à des époques périodiques, s'est reproduit pendant trente ans, qui a été l'expression d'une possession légale, devienne une cause d'extinction du droit engendré par cette possession? Mais non; autant vaudrait dire que la possession trentenaire ne peut être invoquée; car on coupe un bois taillis tous les douze ans, tous les quinze ans, et si le droit s'éteint par la coupe, il est de toute évidence que la possession trentenaire ne peut jamais s'accomplir. Aussi n'est-il pas vrai de dire que le droit périt par la coupe du bois. Pourquoi l'article 672 du Code civil accorde-t-il au propriétaire grevé le droit de faire *arracher* l'arbre? Parce que la coupe ne ferait pas cesser le droit du possesseur, parce que l'arrachement seul met fin à ce droit. Du texte même de la loi, il ressort donc que le possesseur d'un bois maintient son droit, tant qu'il se borne à faire des coupes, et que seul l'arrachement du tronc producteur entraîne l'anéantissement du droit. Ainsi le possesseur trentenaire d'un bois a une servitude qui subsiste tant que son intention de la faire cesser n'apparaît pas,

Digitized by Google

et lorsque cette intention se traduit en fait, c'est l'arrachement et non la coupe qui en est la preuve.

Si nous sommes dans le vrai, quelle suite pourra-t-on donner à la jurisprudence de la Cour de cassation? Un bois taillis aura été possédé pendant trente ans trop proche du voisin. Il faudra soumettre le propriétaire à arracher toute la partie qui n'est pas à la distance voulue. Que devra-t-il arracher? La souche. Mais qu'a-t-il donc possédé pendant trente ans? Évidemment ces souches, de même que celui qui possède une oseraie, de même que cet autre qui possède des saules en têtard. Libre de faire de son fonds un bois taillis, une oseraie, un champ de saules en têtard, le propriétaire a joui pendant trente ans du produit des souches de son taillis, de son oseraie, de son champ de saules. Ce qu'il a possédé, ce sont ces souches aménagées par lui en élément producteur. Que condamnez-vous donc? Que niez-vous donc?..... Mais la possession elle-même.

Cette conséquence de la jurisprudence de la Cour de cassation est-elle admissible?... Nulle voix ne s'élèverait pour l'accepter. Si elle n'est pas admissible, que devient cette jurisprudence?

D'accord avec toute la doctrine, la Cour régulatrice proclame le bénéfice de la possession trentenaire, de cette possession se déduisant en une servitude au profit du possesseur. Conséquemment elle doit admettre que tout cela ne tombe des mains du bénéficiaire que par une cause légalement extinctive du droit. Or ce droit s'est formé par une succession de coupes de bois ayant plus de trente ans d'existence. Où trouver un texte qui permette d'en voir l'extinction dans la dernière coupe? L'article 671 place les haies vives dans les plantations dont le voisinage est incommode. Sans aucun doute l'auteur de la plantation d'une haie à une distance moindre que la distance légale peut prescrire par une possession trentenaire le maintien de sa haie. Assigné en arrachement par le voisin, alors qu'il aura plus de trente ans de possession, comment pourrait-il prouver sa possession? Évidemment par l'acte le plus caractéristique, par la coupe périodique, que, selon l'usage des pays, il a faite de sa haie.

Lui répondra-t-on : Vous venez de couper votre haie, et par là vous avez perdu cette possession dont la coupe précédente était la manifestation? Le bon sens suffirait à faire re-

Digitized by Google

jeter une telle réponse. Le possesseur d'une haie en jouit en la taillant, ou en la coupant à pied. Au premier cas, c'est l'entretien permanent d'une clôture; au second cas, c'est un revenu en bois que l'on réalise. Dans les deux cas, le possesseur fait acte de vie.

Quelle différence peut-on établir entre le possesseur d'un bois taillis et le possesseur d'une haie soumise à des coupes périodiques? Aucune. Au propriétaire d'une haie, pas plus qu'au propriétaire d'un bois taillis, on ne peut dire avec la Cour de cassation : « Qu'il ne saurait dépendre du propriétaire « d'un bois de se soustraire, en adoptant tel ou tel mode d'ex- « ploitation, à l'observation des règles établies par la loi dans « l'intérêt des propriétaires voisins. » Car ce serait nier le droit d'acquérir par prescription et la servitude et le mode d'exercice de cette servitude. Or cette haie, ce bois taillis, le possesseur a le droit de les maintenir s'il les a possédés pendant trente ans. Pourquoi? Parce que par les coupes successives qu'il a faites, il a prescrit la servitude et le mode de la servitude, le mode étant tout aussi bien prescriptible que la servitude elle-même (art. 708 C. civ., combiné avec l'art. 690 du même Code; Duranton, t. V, n°s 606-608; Marcadé, t. II, n° 674; Demolombe, *Des servitudes*, t. II, n° 783).

Et cette possession de la servitude et du mode de la servitude ne peut être ignorée du voisin dont elle modifie la situation. Celui-ci voit le possesseur recueillir périodiquement le produit de ses souches. Il voit qu'elles existent sur le fonds du possesseur à l'état de capital producteur; qu'elles reçoivent tous les soins qui peuvent donner à la production les développements qu'elle est susceptible d'atteindre. Il est averti qu'on prescrit contre lui, et il l'est du moment qu'il lui apparaît qu'il ne s'agit plus d'un arbre planté pour disparaître à toujours sous le coup de la hache à un moment donné, mais bien d'un bois créé à jamais pour être exploité en taillis. L'intention du propriétaire de ce bois est aussi manifeste que celle du propriétaire qui établit une oseraie, une haie vive. Le voisin qui a vu établir une oseraie, une haie vive, qui pendant plus de trente ans a vu le propriétaire de l'oseraie, de la haie, récolter périodiquement l'osier et les jets produits par les souches, pourrait-il dire qu'il a ignoré la possession qui s'est accomplie à son détriment? Mais il n'est pas de tribunal qui l'écoutât.

Digitized by Google

Qu'à la rigueur, on induise de l'abatage, par un propriétaire, d'un arbre isolé qu'il a possédé pendant plus de trente ans, la preuve que ce propriétaire a renoncé à la servitude que l'existence plus que trentenaire de cet arbre lui a fait conquérir sur l'héritage de son voisin, cela peut se comprendre. L'intention de ce propriétaire peut être présumée par le fait. Ce sera une question d'inteprétation. Les servitudes s'éteignent par la renonciation du propriétaire de l'héritage dominant; et la renonciation à ce droit de servitude peut avoir lieu expressément ou tacitement. Mais la coupe d'un taillis ne permet pas d'attacher au fait une telle présomption. C'est même tout le contraire que cette coupe révèle. La souche découronnée dans l'hiver ne l'est que dans l'espoir que le printemps fera éclore en jets la séve qu'elle contient. Et ce sommeil passager de la souche est encore la vie de la possession du propriétaire. Personne n'oserait dire que le possesseur d'une fenêtre d'aspect perd son droit parce que les contrevents sont fermés. Celui qui possède un bois taillis le possède principalement par les souches, qui sont la source de ses profits. Tant qu'elles subsistent, dépouilléesd e leurs jets, ou les portant, elles sont les signes d'une possession utile, le témoin irrécusable d'une servitude en action.

En voyant dans la coupe d'un bois taillis, d'une existence plus que trentenaire, la preuve que le propriétaire de ce bois a renoncé à la servitude qu'il avait acquise par prescription sur le fonds de son voisin, la Cour de cassation a donné au fait une signification que la loi ne lui donne dans aucun de ses textes, et qu'une opération de l'esprit ne peut lui donner que contre toute vérité. Elle s'est donc trompée. BUGNIET.

BIBLIOGRAPHIE.

LES SOURCES DES ÉTABLISSEMENTS DE SAINT LOUIS.

Par M. Paul VIOLLET, bibliothécaire de la Faculté de droit de Paris.

Compte rendu par M. Ph. JALABERT,
Doyen de la Faculté de droit de Nancy.

C'est une bonne fortune que de rencontrer un travail d'érudition attrayant dans lequel un des points les plus obscurs

Digitized by Google

de l'histoire du droit français est éclairé d'une vive lumière. M. Paul Viollet, auquel nous devions déjà un essai sur la pragmatique sanction de saint Louis, des observations critiques sur les enseignements de saint Louis à son fils, des recherches sur l'élection des députés aux états généraux tenus à Tours en 1468 et en 1484 et d'autres opuscules, vient de publier le mémoire qu'il a lu à l'Académie des inscriptions et belles-lettres sur *les Sources des Établissements de saint Louis.* Chargé par la société de l'histoire de France de publier une édition de cet ouvrage, M. Viollet a détaché de la préface générale cette curieuse étude dont les conclusions semblent devoir fixer la conviction des plus difficiles.

Que les *Établissements* n'aient pas été promulgués par saint Louis à titre d'ordonnance pour tout le royaume, ou même pour les seuls pays de l'obéissance, c'est ce qu'il est facile de prouver et ce qui ne soulève plus guère aujourd'hui de contradiction. Quelques-uns pensaient qu'il y avait là un projet d'ordonnance préparé par les conseillers du roi et qui devait être soumis à l'assentiment des barons; d'autres, plus nombreux, supposaient qu'un légiste, resté inconnu, s'était proposé de faire un travail de concordance entre le droit coutumier et le droit romain; l'exactitude de cette dernière opinion est mise hors de doute par M. Viollet.

Mais la question capitale est alors celle de savoir à quelles sources l'auteur a puisé les règles de jurisprudence qu'il expose. A-t-il fait comme Beaumanoir une œuvre personnelle? A-t-il reproduit quelque compilation antérieure en y ajoutant des observations suggérées par la pratique avec l'indication des autorités diverses qu'invoquaient volontiers les jurisconsultes de ce temps? N'aurait-il pas adopté comme canevas quelque ancien usage de Paris, de l'Anjou ou de l'Orléanais? Déjà Ducange, frappé de certaines ressemblances, avait émis l'idée, partagée par Pocquet de Livonière, que les *Établissements* pourraient bien être tirés de la coutume de l'Anjou et du Maine.

Cette conjecture vient d'être reconnue fondée pour une partie de l'ouvrage. M. Viollet a pu constater, pièces en main, que l'ancienne coutume de l'Anjou et du Maine avait été reproduite dans les chapitres 8 à 168 du livre premier des *Établissements;* il a signalé en italiques les passages intercalés sans beaucoup d'art, qui quelquefois altèrent le sens ou ren-

Digitized by Google

dent le texte inintelligible. Il a donné des exemples frappants de ces additions dans lesquelles l'auteur rapproche des règles coutumières les décisions du Digeste, du Code et des Décrétales trop souvent détournées de leur signification primitive, où dans lesquelles il se livre à des digressions qui n'ont qu'un rapport éloigné avec le texte. Ces procédés de composition mis en relief par une comparaison des manuscrits de la coutume et de ceux des *Établissements*, l'hésitation n'est plus possible sur le caractère et le but de l'œuvre.

Pour les premiers chapitres du livre premier qui précèdent la coutume amplifiée de l'Anjou et du Maine, leur origine est établie d'une façon péremptoire. Ils contiennent un règlement pour le prévôt de Paris et une ordonnance de saint Louis sur le duel (déja reproduite par de Laurière d'après le registre de la Chambre des comptes) qui se retrouvent intégralement dans un manuscrit de Rome et dans le *Livre de jostice et de plet*.

Mais c'est à propos des sources du second livre que M. Viollet a mis en œuvre toutes les ressources que pouvaient lui fournir les recherches les plus attentives, l'esprit le plus critique, la sagacité la plus exercée. Il est arrivé à se convaincre que cette partie de l'ouvrage doit, comme la première, avoir été empruntée à un ancien coutumier. Il réunit les indices les plus plausibles, il étudie et compare les textes, il en tire les données les plus significatives et, à l'aide d'une série de présomptions qui s'enchaînent, il constate l'existence d'un usage de l'Orléanais aujourd'hui perdu et dont s'est servi l'auteur des *Établissements*. Toute cette discussion est un modèle de l'application de la méthode d'induction à un problème historique et juridique. M. Viollet met les éléments de conviction sous vos yeux, on le suit bon gré mal gré; si l'on est parfois tenté de résister, on cède à la force de nouveaux arguments; les objections qui s'élèvent dans l'esprit sont discutées, les difficultés d'interprétation sont reconnues avec sincérité, presque toujours résolues avec bonheur. Quand on ferme le livre, on oublie ses réserves, on est prêt à témoigner de l'existence de ce vieux coutumier orléanais, enseveli peut-être dans la poudre de quelques archives, et qui semble apparaître reconstruit de toutes pièces. Il vient pourtant un scrupule, on craint d'avoir cédé à l'entraînement, on relit plus attentivement ces pages substantielles et l'on y

Digitized by Google

trouve la confirmation de la première impression qui est décidément la bonne.

Nous ne saurions trop recommander l'étude de ce travail, fruit d'investigations si sûrement dirigées, fertile en découvertes; chemin faisant, l'auteur rectifie des opinions émises par des historiens du droit; il démontre par exemple que le *Livre de jostice et de plet* est antérieur aux *Établissements*, auxquels il n'a rien emprunté; il assigne à la *Compilatio de usibus Andegaviæ* publiée par Marnier une date postérieure à celle des *Établissements*. La collation des manuscrits lui fait toucher du doigt une erreur de copiste qui a donné lieu aux plus singulières explications; le *mes le Roy* des *Établissements* n'est ni le *missus regius*, ni le *nies* (petit-fils) du roi, c'est le *juef* (*jues*), le juif du roi qui ne peut se porter demandeur que devant la justice royale; la décision du chapitre 128 est en complète harmonie avec celle du chapitre 129 sur le juif du baron.

Nous n'en finirions pas si nous voulions citer tous les résultats si heureusement obtenus par la comparaison de l'ancienne coutume de l'Anjou et des textes orléanais recueillis par La Thaumassière avec les manuscrits des *Établissements*. Des décisions incompréhensibles reprennent leur vrai sens, les traces des influences angevines sur les usages d'Orléans sont judicieusement retrouvées; une connaissance approfondie du droit coutumier aide à démêler les sources. Il faut lire en entier ce travail qui nous donne un avant-goût de l'édition à laquelle se consacre M. Viollet; elle ne pourra qu'être digne de la Société de l'histoire de France. L'attention des érudits et de tous ceux qui s'occupent de l'histoire de l'ancien droit est éveillée, leur attente ne sera pas trompée, on peut dès aujourd'hui le prédire sans crainte d'être démenti par l'événement.

PH. JALABERT.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, rue Racine, 26.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

RÉSOLUTION. NULLITÉ RADICALE. ÉCHANGE. ÉVICTION.

Par M. NAQUET, professeur à la Faculté de droit d'Aix.

La nullité radicale dans le sens de l'article 68, § 3, n° 7, de la loi du 22 frimaire an VII, s'entend de celle qui donne lieu de supposer qu'il n'y a pas eu de contrat, qui affecte la convention dans son essence même, et par conséquent dans son caractère obligatoire entre les parties. Tel n'est pas le cas de la résolution d'un échange, par suite de l'éviction subie par un coéchangiste (Cassation, ch. civ., 24 décembre 1877; *Répertoire périodique de l'enregistrement*, n° 4859).

Cet arrêt prend soin de caractériser la nullité radicale prévue par l'article 68, § 3, n° 7, de la loi de frimaire, et il en fait une application particulière à l'échange; il mérite, à ce double titre, un examen attentif.

Dans quels cas y a-t-il une nullité que l'on puisse qualifier de radicale?

L'intérêt consiste en ceci, que les jugements qui prononcent la résolution d'un contrat pour cette cause ne sont soumis qu'à un simple droit fixe d'enregistrement, tandis que ceux qui prononcent la résolution pour une autre cause sont assujettis à un droit proportionnel.

Un premier point me paraît certain, c'est qu'il n'y a pas nullité radicale, lorsqu'un contrat, valable à l'origine, est détruit plus tard par l'effet d'un événement ultérieur. C'est ce qui a lieu au cas de révocation d'une donation pour cause d'inexécution des charges (Cass., 24 août 1869; *Rép. pér.*, n° 2977, 22 mai et 30 décembre 1844, Sirey, 44, 1, 571; 45, 1, 359) ou pour cause d'ingratitude [1].

La raison de décider dans tous ces cas, c'est que le contrat n'est pas nul, mais résolu. Il était parfait en soi et pouvait subsister, sauf à être ensuite anéanti par l'accomplissement

[1] Sur ce dernier point cependant l'administration décide qu'on percevra seulement un droit fixe; mais c'est là une faveur que rien ne justifie en droit. (Voir délibération du 30 janvier 1829, *Journal de l'enregistrement*, n° 9279.)

Digitized by Google

d'une condition conventionnelle ou légale. La tradition est formelle dans ce sens (voyez Bosquet, *Dictionnaire du domaine*, t. IV, p. 101; Pocquet de la Livonnière, livre III, ch. VI, sect. 1 et 3, etc.), et la loi fiscale a fait une application spéciale de ce principe à la résolution de la vente pour défaut de payement de prix, en décidant que le jugement qui prononce cette résolution est passible d'un droit proportionnel pourvu que l'acquéreur ne soit point entré en jouissance (loi 27 ventôse an IX, art. 12).

Mais faut-il ranger dans la classe des nullités radicales toutes les nullités, aussi bien celles qui sont relatives que celles qui sont absolues?

C'est à ce sujet que des doutes sérieux peuvent s'élever.

Quel est le système adopté par la jurisprudence? Ce système est-il rationnel?

Telles sont les deux questions que je veux examiner.

Je laisse, tout d'abord, de côté l'arrêt actuel, en me réservant d'indiquer plus loin quelle en est au juste la portée.

Si l'on en croit certains auteurs, et notamment le rédacteur de la dissertation insérée au n° 2761 du *Répertoire périodique de l'enregistrement*, il serait de jurisprudence constante que les nullités relatives ne sont pas des nullités radicales.

On invoque, en ce sens, des arrêts qui refusent d'attribuer ce caractère à la rescision pour cause de lésion ou d'incapacité. (Voy. Cass., 17 décembre 1811; Dall., *Jurisp. gén.*, v° ENREGISTREMENT, n° 2457; Sirey, 12, 1, 144; 11 novembre 1833, Sirey, 33, 1, 833; 11 janvier 1871, Sirey, 71, 1, 23; Dal. pér., 71, 1, 19; 27 février 1872, Sirey, 72, 1, 139; Dal., 72, 1, 83, tous relatifs au cas de rescision pour lésion; et 5 germinal an XIII, Sirey, 5, 2, 461; inst. gén., 1347-4, rendu sur les conclusions conformes de Merlin, relatif au cas d'incapacité.)

Mais ces décisions ne suffisent pas pour autoriser une affirmation aussi tranchée.

En ce qui concerne spécialement l'incapacité des parties, l'arrêt de l'an XIII est le seul qui ait été rendu, et il était précédé d'un arrêt qui, dans ses considérants, assimilait d'une manière expresse la nullité résultant de l'incapacité des parties à une nullité radicale (13 vendémiaire an X, Sirey, 2, 1, 326; Dal., 7, 5; Dall. *Jurisp. gén.*, v° ENREG., n° 2504, en note).

Digitized by Google

D'autre part, l'administration a décidé, à plusieurs reprises, que le jugement qui prononce la rescision d'un contrat pour cause d'incapacité doit être affranchi du droit proportionnel. On lit dans une délibération du 31 décembre 1830 (inst. gén., 1354, § 5; Garnier, *Dictionnaire*, n° 14353) :

« Attendu que le mineur s'étant engagé sans autorisation, la nullité était de droit; que le jugement qui, pour cette cause, prononçait la résolution du contrat était dans le cas de l'application de l'article 68, § 3, n° 7, qui ne soumet qu'au droit fixe les jugements portant résolution du contrat pour cause de nullité radicale. »

Une autre délibération identique a été rendue à l'égard d'un jugement qui prononce la nullité d'un acte fait par un interdit. « Attendu, y est-il dit, que cette nullité... *est radicale...* » (4 novembre 1831; inst. gén., 1348; Sirey, 33, 2, 224.) Il est bien difficile d'admettre, après cela, que la jurisprudence soit fixée pour le cas d'incapacité. Un seul arrêt subsiste, très-ancien, contredit par un autre arrêt antérieur seulement de trois ans, et cet arrêt peut en outre s'expliquer par l'espèce sur laquelle il statuait. Il s'agissait, en effet : 1° d'une résolution qui n'avait point été prononcée par un jugement; 2° de la rescision pour cause de lésion d'un contrat fait par un mineur non autorisé. Il est enfin mis à l'écart, au moins dans certains cas, par l'administration elle-même.

En ce qui concerne, au contraire, les jugements qui rescindent un contrat pour cause de lésion, il faut reconnaître que la Cour de cassation refuse invariablement de leur appliquer l'article 68, § 3, n° 7.

Tel est le seul point acquis! Peut-on en conclure que la jurisprudence exclut de la classe des nullités radicales toutes les nullités relatives?

Je ne le crois pas, et l'administration non plus, car elle considère comme radicales les nullités prononcés...

Pour violence (délibération 19 octobre 1822, D. N., t. XI, p. 304, n° 190).

Dol (16 février 1825, *Journal de l'enregistrement*, 1972).

Erreur sur la substance (solution 16 décembre 1828; Garnier, *Diction.*, n° 14371).

Digitized by Google

Vices rédhibitoires (solution 7 juillet 1864; Garnier, *l. c.*, 14372-1).

Il y a plus; je lis dans les observations présentées par l'administration à l'appui du pourvoi qui a abouti à l'arrêt du 11 janvier 1871, précité, qu'il ne suffit pas, pour qu'une nullité soit radicale, qu'elle remonte à l'origine du contrat, il faut encore, « comme dans le cas d'*erreur*, de *dol*, de *violence*, d'*incapacité* des parties, que le contrat soit affecté dans son essence et vicié dans ses conditions substantielles ». L'administration qualifie donc de *radicales*, les nullités résultant de *l'erreur*, *du dol*, *de la violence*, *de l'incapacité* des parties, c'est-à-dire presque toutes les nullités relatives.

On peut donc soutenir que la pratique suivie consiste à qualifier de radicales la plupart des nullités relatives, tout en refusant ce caractère à la rescision pour cause de lésion.

L'arrêt du 24 décembre 1877 a-t-il changé la situation sur ce point?

On peut l'admettre si l'on s'en tient à ses considérants, et surtout à celui où il est dit que la nullité radicale *s'entend de celle qui donne lieu de supposer qu'il n'y a pas eu de contrat.* — La nullité relative suppose, en effet, qu'un contrat réunit toutes les conditions nécessaires à sa formation, sinon à sa validité. Mais il ne faut pas donner trop d'importance à cette phrase qui est réproduite des considérations présentées par l'administration à la suite de son pourvoi. La Cour n'a fait que s'approprier la doctrine de l'administration, et j'ai déjà dit que celle-ci reconnaissait elle-même, comme étant radicales, la plupart des nullités relatives. La Cour a entendu faire une application nouvelle des principes antérieurs, mais non point modifier ces principes.

Reste à examiner si l'opinion que je crois être celle suivie dans la pratique est rationnelle.

La question se dédouble naturellement : doit-on traiter comme radicales les nullités relatives?

Y a-t-il quelque motif de ranger à part la rescision pour cause de lésion?

Pour soutenir que les nullités relatives ne sont pas radicales, on fait valoir un argument unique; on dit que les expressions *nullités radicales* sont opposées, par l'article 68, à d'autres nullités qui ne sont pas radicales. Or, pour que

Digitized by Google

l'opposition soit possible, pour qu'on puisse distinguer deux classes de nullités, il faut nécessairement que cet article ne vise pas les nullités relatives, car s'il s'y appliquait, il engloberait toutes les nullités, et l'un des termes de l'opposition disparaîtrait. Il n'y aurait plus des nullités *radicales* et *d'autres nullités* comme l'indique le texte; toutes les nullités seraient radicales. (Voy. Garnier, *Dictionnaire*, n°s 14349 et 11844; *Rép. périod. de l'enreg.*, n° 2761, dissertation anonyme; *Dict. des droits d'enregistrement*, v° NULLITÉ, § 3.)

Cette observation contient une part de vérité. Il est certain que si les nullités relatives sont radicales, on ne trouvera plus de nullités non radicales, car les autres causes de résolution supposent un contrat valablement formé dès l'origine, qui peut bien être résolu, mais non annulé.

Seulement, si l'observation est exacte, elle n'est pas concluante. Il suffit de reproduire le texte pour s'en convaincre. En voici la teneur : « Les expéditions des jugements portant... *résolution* de contrat ou de clause de contrat *pour cause de nullité radicale.* »

Il résulte, en effet, de là que le législateur n'oppose pas deux classes de nullités l'une à l'autre, mais deux classes de résolutions : celles qui découlent d'une nullité proprement dite, celles qui découlent d'une autre cause. Je reconnais qu'il était inutile de dire nullités *radicales*, il aurait suffi de parler des nullités sans épithète; mais on a voulu préciser, afin d'éviter toute confusion et d'exclure les résolutions qui résultent d'un fait postérieur au contrat. Peut-être bien, en effet, que si le texte ne disait pas les nullités *radicales*, on aurait pu soutenir, en le rapprochant de certains passages de nos anciens auteurs, que les résolutions proprement dites étaient également affranchies du droit proportionnel.

Il faut donc écarter, sans hésiter, l'objection!

Il y a d'ailleurs des raisons décisives en sens inverse.

Et d'abord, c'était le système suivi autrefois. Les anciens auteurs décidaient tous que la nullité était radicale lorsque le vice qui la faisait prononcer remontait à l'origine du contrat, encore que ce fût un vice relatif, et je n'ai pas besoin d'insister pour prouver de quel prix est l'interprétation ancienne, quand il s'agit d'expliquer une expression qui nous a été transmise précisément par les auteurs de cette époque.

Digitized by Google

« Il y a, dit Bosquet, v° Résolution, t. IV, p. 101, deux sortes de causes que l'on appelle primitives et inhérentes dont les effets sont néanmoins différents : les unes résolvent le contrat dès son commencement et le réduisent à un point comme s'il n'y avait jamais eu de vente; ces résolutions sont dites *ut ex tunc;* les autres ne résolvent le contrat que pour l'avenir, *ut ex nunc,* parce qu'il était parfait en soi et pouvait subsister. Les premières causes inhérentes peuvent provenir *ou de la qualité des personnes*, ou de la nature et condition de la chose, ou parce que la vente a été faite par *force ou violence.* Elles proviennent de la qualité des personnes qui ne sont pas propriétaires des *biens vendus* ou qui n'ont pas la capacité de contracter comme les insoumis, les forcenés, les interdits, les mineurs, les tuteurs et autres semblables. Elles naissent de la nature et condition de la chose, lorsqu'elles ne tombent point dans le commerce et que l'aliénation en est prohibée ou qu'elle est vendue sous un titre qu'elle n'a pas. Enfin celles qui sont fondées sur le *dol* et la *violence* peuvent être réparées par le temps, mais elles annulent le contrat dans son principe, lorsque, étant invoquées, elles déterminent un jugement rendu dans le temps utile. » (Cons. égal. Bourjon, *Droit commun de la France; Des censives*, n° 101; Dargentrée, *Des droits du prince*, note 3, n° 3; Pocquet de la Livonnière, livre III, ch. 6, sect. I et III; Bretonnier, liv. III, question 70, n° 22; H. de Pansey, *Ancien répertoire*, v° Lods et ventes; Fonmaur, n°s 608 et suiv....)

Les principes généraux de la loi fiscale conduisent également à la même solution.

Le principe supérieur, la règle fondamentale des lois de l'enregistrement, c'est qu'une disposition unique ne doit pas être taxée deux fois; or, c'est à un résultat pire que l'on arriverait, si l'on frappait d'un impôt proportionnel le jugement qui prononce la nullité relative d'un contrat, car on imposerait une seconde fois le contrat, sur l'acte qui en constate l'anéantissement. On percevrait un nouveau droit au moment où le contrat disparaît par le fait du jugement!

Peut-on raisonnablement supposer que le législateur ait dérogé à l'ancien droit pour consacrer une pareille iniquité?

On a fait valoir encore dans le sens de mon opinion un autre argument, que je me vois contraint, de bonne foi, de re-

Digitized by Google

pousser comme trop compromettant. On a prétendu que l'article 68, § 3, n° 7, se référait uniquement à la nullité relative, et l'on s'est basé pour l'admettre sur le mot *résolution* qu'il emploie. La résolution n'est possible, a-t-on dit, qu'à l'égard d'un contrat qui a existé; or, pour qu'un contrat ait existé, il faut que la nullité qui l'affecte soit purement relative; si elle est absolue, il y a un obstacle à la naissance même du contrat.

Je n'accepte pas cet argument, parce qu'à mon avis, le cas de nullité absolue a été prévu à côté de celui de nullité relative, le législateur ayant tenu compte des faits apparents plutôt que de la réalité juridique des choses. D'ailleurs, si l'observation était exacte, quel tarif appliquerait-on aux jugements qui prononcent la résolution pour cause de nullité absolue? Ce ne seraient pas les tarifs de l'article 68, § 3, n° 7, à ce cas. Il faudrait percevoir le droit fixe exigible sur les actes innomés. Mais franchement comment concevoir que le législateur ait ainsi voulu faire varier la quotité du droit fixe selon que la nullité est absolue ou radicale?

Y a-t-il maintenant quelques motifs spéciaux de faire sortir de la catégorie des nullités radicales celle qui repose sur la lésion?

J'en doute fort. L'arrêt du 11 janvier 1871, qui est un arrêt de principe, a adopté telle quelle, la théorie développée par l'administration dans les observations qui accompagnaient le pourvoi.

« Attendu, porte cet arrêt, que l'action en rescision pour cause de lésion, loin d'impliquer l'idée d'une nullité radicale affectant le contrat *dans son essence même* et par conséquent dans son caractère obligatoire entre les parties, suppose, au contraire, la validité et la force obligatoire de la convention jusqu'au jour où le vendeur fait prononcer la rescision. On ne saurait d'ailleurs reconnaître, au simple cas de lésion, le caractère et les effets d'une nullité radicale, puisqu'il est de la nature d'une telle nullité d'*engendrer une action qui ne se prescrirait que par un long laps de temps*, tandis que l'action en rescision pour cause de lésion est renfermée par la loi dans un délai très-court... et puisque, en outre, le *défendeur pourrait écarter cette action en payant le supplément du juste prix.* »

Digitized by Google

La première raison de décider pour la Cour, c'est que la lésion n'affecte pas le contrat dans son *essence même*. Mais la Cour ne dit pas ce qu'il faut entendre par l'essence d'un contrat.

La question doit être résolue par l'application des principes généraux.

Le Code civil indique quatre conditions essentielles à la validité des conventions (ch. II du titre des Obligations) :

Un consentement parfait,

La capacité des contractants,

Un objet certain,

Une cause licite.

Le consentement est déclaré imparfait lorsqu'il est donné par erreur ou violence, ou surpris par dol. Le vice du consentement affecte certainement le contrat dans son essence. Toute la question est donc de savoir si la lésion est un vice du consentement.

Pour mon compte, je ne puis pas ne pas le décider. Le Code civil est formel. « La lésion ne *vicie* les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes » (art. 1118), et cet article est précisément placé dans la section Ire du chapitre II, sous la rubrique *Du consentement;* il y a même été placé dans le but unique de compléter la liste des vices du consentement, car il ne dispose point et constitue simplement un texte de renvoi. On peut donc affirmer que si la lésion vicie la convention, c'est parce qu'elle vicie le consentement qui en est un élément essentiel.

Au surplus, le texte n'existerait-il pas, qu'il faudrait encore se ranger à cette opinion, car la rescision pour cause de lésion ne peut se justifier que parce que la lésion a influé sur la volonté des contractants. La loi suppose dans ce cas une erreur grave, voisine du dol, ou une pression des événements qui ne laisse plus subsister intacte la liberté d'esprit des contractants. Or, s'il en est ainsi, c'est le consentement qui est atteint.

Il ne peut être douteux, d'autre part, que ce soit le point de vue auquel s'est placé le législateur.

« Dans tous les cas, disait Portalis, orateur du gouvernement, le dol, l'erreur, une crainte grave sont par la disposition précise de nos lois des moyens légitimes et suffisants

Digitized by Google

pour faire restituer les majeurs. Or, la lésion, telle que le projet de loi la fixe, pour qu'elle puisse devenir un moyen de restitution, *n'équivaut-elle pas au dol?* Les jurisconsultes romains appelaient la lésion *ultra dimidium* un dol réel, *dolum re ipsa*, c'est-à-dire, un dol prouvé, non par de simples présomptions, mais par la chose même... Comment donc, dans quelque hypothèse que ce soit, les lois pourraient-elles voir avec indifférence un citoyen lésé au delà de toutes les bornes et d'une manière qui constate évidemment *quelque fraude ou quelque erreur?* »

Tronchet disait, de son côté, dans les discussions qui eurent lieu au Conseil d'État :

« Que la lésion infecte la vente d'un vice qui en a attaqué *la substance*, qu'il n'y a point de consentement, qu'il n'y a pas réellement de contrat. »

C'est enfin l'opinion des auteurs anciens et modernes que la lésion est un vice du consentement (Sudre sur Boutaric, § 13, n° 21, et tous les auteurs cités précédemment; Troplong, *De la vente*, n° 688; Mourlon, t. II, n° 1061, etc.).

Il ne reste donc rien du premier argument de la Cour de cassation.

Le second est tiré de la circonstance que la prescription de l'action en rescision a lieu par un laps de temps très-court.

Sincèrement, je ne conçois guère qu'on oppose un pareil motif.

Quand il s'agit d'apprécier les caractères d'une nullité, il faut en effet, la considérer en elle-même et non dans les moyens que la loi a créés pour la faire valoir! Est-ce que le dol, la violence, l'incapacité ne sont pas couverts après dix ans? Ils constituent pourtant des vices du consentement! Faudra-t-il donc, pour déterminer la nature et les caractères d'une nullité, compter les années, les mois et les jours qui forment la durée légale de la prescription? Et n'est-ce pas le cas de répéter avec Bosquet : « Certaines causes de résolution peuvent *être réparées par le temps*, mais elles *annulent le contrat dans son principe lorsque, étant invoquées, elles déterminent un jugement rendu dans le temps utile.* »

La Cour allègue enfin, qu'en matière de lésion, l'acheteur peut écarter la rescision en payant le supplément du juste prix.

Digitized by Google

Soit, mais cela est de tout point indifférent! Il en résulte, si l'on veut, que le vice du contrat peut être couvert non-seulement par le temps, mais aussi par l'accomplissement d'une certaine condition qui dépend de l'acheteur; seulement, en quoi la possibilité de couvrir une nullité empêche-t-elle qu'elle soit radicale, lorsque le tribunal la prononce? Il est assez bizarre de s'appuyer sur la faculté légale qui appartient à l'acheteur d'empêcher la rescision, alors qu'il s'agit de statuer sur le cas où l'acheteur ne l'a pas exercée et où la rescision a été prononcée! En résumé, si l'on décide que les nullités relatives sont *radicales*, il est illogique d'admettre que la rescision pour cause de lésion fait exception à la règle.

J'arrive au cas particulier de l'arrêt. L'échange qui a pour objet une chose qui n'appartient pas à un coéchangiste est-il affecté d'une nullité radicale?

S'il s'agissait d'une vente consentie dans les mêmes conditions, nul doute que la nullité n'eût ce caractère *radical;* l'administrateur l'a maintes fois décidé. (Voir les solutions et délibérations citées; Garnier, *Dictionn.*, n° 14370); sic Dalloz, v° ENREGISTREMENT; 8478, Champ et Rigaud, suppl., n° 428).

En est-il de même de l'échange? La Cour ne le pense pas, et voici comment elle motive son opinion :

« Attendu que par suite de la résolution prononcée par le jugement du 3 juillet 1872, Lagorio fils a repris la possession de l'immeuble que, suivant le contrat d'échange du 1er décembre 1871, il avait cédé aux époux Lagorio, ses père et mère; que cette reprise d'un immeuble dont il aurait été dessaisi par l'effet juridique d'une convention impliquait une mutation nouvelle, laquelle était, à ce titre, passible du droit proportionnel ; que le jugement attaqué se fondant sur ce que la résolution avait eu pour cause l'éviction subie par Lagorio fils, de l'immeuble qui lui avait été cédé en contre-échange, oppose vainement que cette résolution, ayant été une conséquence légale des conditions, dans lesquelles le contrat avait été formé, présentait aussi le caractère de nullité radicale et dès lors n'était soumis qu'au droit fixe d'après l'article 68, § 3, n° 7, de la loi du 22 frimaire an VII ; que, sans doute, cette première disposition consacre en faveur des jugements portant résolution de contrat ou de clause de

Digitized by Google

contrat, pour cause de nullité radicale, une exception au principe d'après lequel la rétrocession implique en général une mutation nouvelle, mais que la nullité radicale dans le cas de la disposition précitée s'entend de celle qui donne lieu de supposer qu'il n'y a pas eu de contrat qui affecte la convention dans son essence même et par conséquent dans son caractère obligatoire entre les parties ; que tel n'est pas le cas, dans l'espèce ; que, d'une part, l'éviction subie par Lagorio fils, loin d'avoir été une conséquence légale des conditions dans lesquelles le contrat d'échange avait été formé, a eu pour cause directe et immédiate l'exécution, par l'une des parties, de l'obligation par elle prise lors du contrat d'assurer à l'autre la possession paisible de la chose transmise, et que, d'un autre côté, la résolution pour cette cause sur la demande de la partie évincée, ne fait pas que la convention n'ait pris naissance et n'ait pas produit tous ses effets jusqu'au moment où la résolution en a été judiciairement demandée ; qu'il n'y a pas lieu dès lors de faire l'application de l'article 68, § 3, n° 7, de la loi de frimaire ; d'où il suit... »

Ainsi, la Cour commence par affirmer ce principe que la nullité est radicale seulement *quand elle permet de supposer qu'il n'y a point eu de contrat entre les parties, lorsqu'elle empêche le contrat de prendre naissance.*

Ce considérant est des plus précis et des plus graves. Il se trouve, en outre, expliqué par les observations que l'administration a présentées à l'appui de son pourvoi et par une relation de Merlin, dont la doctrine a été invoquée, et qui se retrouve dans ces observations. C'est Merlin lui-même qui a employé la formule de notre arrêt : « La nullité radicale est seulement *celle qui permet de supposer qu'il n'y a point eu de contrat entre les parties, celle qui empêche l'obligation de se former*, en un mot, celle qui provient de l'absence de l'une des quatre conditions essentielles dont l'article 1108 du Code civil exige le concours simultané pour la validité d'une convention, savoir, le consentement de la partie qui s'oblige, la capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation. »

Mais si l'on continue la lecture du texte de Merlin et qu'on y réfléchisse, on s'aperçoit bien vite que l'illustre jurisconsulte a voulu seulement opposer les causes de résolution

Digitized by Google

proprement dites à celles qui sont et constituent une nullité. « Qu'importe, dit-il, qu'une cause de résolution soit inhérente au contrat, et par *conséquent radicale, si cette cause n'est point elle-même une nullité?* »

Et ailleurs : « La loi dit bien que lorsque la cause de la résolution est une *nullité radicale,* le droit de mutation n'est pas dû, parce qu'en effet il n'y a point de mutation. Mais elle ne dit pas que lorsque la cause *radicale de la résolution* sera autre chose qu'une *nullité,* il n'y aura point de droit de mutation à payer. »

Ainsi voilà la théorie de Merlin. Le caractère *radical* d'une cause de résolution consiste en ce que cette cause est inhérente au contrat. Mais cela ne suffit pas pour appliquer l'article 68, § 3, n° 7, il faut de plus que cette cause radicale soit une *nullité* et non une résolution ordinaire.

Maintenant, dans quel cas y aura-t-il nullité? Toutes les fois qu'il y aura absence de l'une des quatre conditions essentielles dont l'article 1108 exige le concours simultané pour la validité du contrat.

Merlin ne distingue nullement entre les nullités absolues et les nullités relatives, puisqu'il cite parmi les causes de nullité radicale celle qui résulte de l'incapacité et qui est essentiellement relative. Il est vrai que certaines phrases pourraient laisser croire le contraire, mais elles sont corrigées par ce qui précède et par ce qui suit.

Peut-on maintenant et sous le prétexte que la Cour a reproduit certaines formules de Merlin, sans reproduire tout le passage où elles étaient insérées, admettre qu'il faut interpréter ces formules isolément et sans le rattacher à la source d'où elles ont été puisées?

Je ne le pense pas. Ce qu'a voulu la Cour de cassation, c'est accepter dans son entier le système de Merlin que l'administration avait fait sien. Elle n'a pas statué sur la question des nullités relatives et absolues, mais seulement sur la question de résolution. Il faut donc considérer comme maintenu tel quel le système ancien, avec ce qu'il a d'ailleurs d'un peu vague et indécis.

Est-ce à dire maintenant que la Cour ait fait une saine application des principes dans l'espèce actuelle?

J'en doute fort!

Digitized by Google

La résolution implique la validité absolue d'un contrat qui ne disparaît plus tard que par le survenance d'un événement ultérieur.

Or, est-ce le cas de l'échange de la chose d'autrui ?

Cela me semble impossible à admettre. La loi prend soin de dire (art. 1599) que la vente de la chose d'autrui est nulle. Comment pourrait-il en être autrement de l'échange ? Est-ce que l'imperfection du contrat ne procède pas dans les deux hypothèses de la même cause?

L'échange est défini par l'article 1702 : un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre. La cause juridique du contrat est dans la transmission simultanée de la propriété. Primus ne consent à aliéner sa chose que pour acquérir la chose qu'on va lui donner en contre-échange, et si la propriété de cette chose ne lui est pas attribuée, son consentement d'aliéner la chose qui lui appartenait disparaît du même coup. C'est pour cela qu'aux termes de l'article 1705, le copermutant qui prouve que son cocontractant n'est pas propriétaire de la chose qu'il lui a donnée en échange, peut se refuser de livrer celle qu'il a promise. Cette disposition démontre que le transfert de la propriété est nécessaire à l'échange comme à la vente quand il porte sur un corps certain, et qu'il n'y a pas la chose contraire dans le contrat. Le législateur interprète en ce sens la volonté des parties, qu'elles ont voulu faire une double aliénation et rien autre chose. C'est exactement la même théorie qu'en matière de vente.

Au surplus, tous les auteurs reconnaissent que l'échange de la chose d'autrui est nul. (Voy. Pothier, *Des contrats*, n° 621 ; Dalloz, v° ÉCHANGE, n°s 24 et suiv. ; Marcadé, sur l'art. 1704.)

La Cour de cassation ne s'est pas placée à ce point de vue. Elle a considéré l'éviction comme donnant lieu à une résolution ordinaire pour défaut d'exécution des conditions. S'il en était ainsi, la solution adoptée serait parfaitement rationnelle, mais je suis convaincu que la résolution procède ici de la nullité. Ce qui a dû faire naître la confusion, c'est que l'article 1705 du Code civil établit pour le coéchangiste évincé la même option que l'article 1184 crée au profit de la partie envers laquelle l'engagemeut contracté n'a pas été

Digitized by Google

exécuté. Il semble dès lors que l'article 1705 n'est qu'une application pure et simple de l'article 1184. Mais en examinant la chose de près on s'aperçoit que cet article n'est nullement démonstratif, car il n'a *point du tout pour objet de déterminer les circonstances dans lesquelles l'une des parties peut demander la résolution de l'échange comme portant de la part de l'autre sur la chose d'autrui* (A. et R., 4e édit., t. IV, p. 460, note 5).

On comprend d'ailleurs très-bien la relation entre les deux idées, car la nullité implique dans l'espèce l'inexécution des obligations contractées. Seulement, il y a plus que cela, il y a, en outre, absence de cause et partant nullité véritable.

J'estime donc que c'est à tort que le jugement qui prononçait la résolution de l'échange n'a pas été affranchi du droit proportionnel par application de l'article 68, § 3, n° 7, de la loi du 11 frimaire an VII. NAQUET.

QUESTIONS PRATIQUES

EN MATIÈRE D'ABORDAGE MARITIME.

Par M. Deloynes, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux.

(*Suite*[1].)

§ 2.

20. Aux termes des articles 435 et 436 de notre Code de commerce, la recevabilité de l'action en réparation du dommage causé par un abordage dans un lieu où le capitaine a pu agir est subordonnée à une double condition. Il faut, en premier lieu, qu'une protestation ait été faite et signifiée dans les vingt-quatre heures. Il faut, en second lieu, que, dans le mois de sa date, cette réclamation soit suivie d'une demande en justice.

Ces actes peuvent être accomplis indistinctement à la diligence du capitaine, de l'armateur, du propriétaire du na-

[1] Voir *Revue critique*, livraison d'août-septembre 1877, p. 581, et livraison d'octobre-novembre 1877, p. 638.

Digitized by Google

vire abordé, et aussi à la requête du chargeur des marchandises; mais il est évident que ces diverses personnes ne peuvent agir que dans la limite de leurs intérêts respectifs, car il est de principe qu'il n'existe pas d'action sans intérêt.

De quelque personne qu'elle émane, la protestation est toujours soumise aux mêmes exigences; il est notamment nécessaire d'observer le délai rigoureux fixé par l'article 436 du Code de commerce; il n'y a donc pas lieu, dans l'application de cette disposition, de tenir compte de la personne de l'auteur de la réclamation. Dans tous les cas, la règle est la même, car la loi est générale dans ses termes, et il n'est pas possible, à ce premier point de vue, d'en limiter l'étendue.

21. Cette première solution une fois admise, une nouvelle question se présente à notre examen. La disposition de notre article est tellement sévère qu'on s'est demandé s'il n'était pas possible d'en restreindre la portée; il nous faut en conséquence rechercher si l'on doit se conformer aux prescriptions de nos textes, quel que soit le résultat de l'abordage, qu'il ait simplement causé des avaries au navire abordé, ou qu'il ait entraîné sa perte totale.

Cette intéressante difficulté n'est pas nouvelle, elle avait déjà été soulevée sous l'empire de l'ordonnance de 1681, qui statuait en ces termes, par l'article 8 du titre XII de son livre Ier : « Toute demande pour raison d'abordage sera for-« mée vingt-quatre heures après le dommage reçu, si l'acci-« dent arrive dans un port, havre ou autre lieu où le maître « puisse agir. » Dès cette époque, on se demandait si la disposition de l'ordonnance s'appliquait au cas de perte totale aussi bien qu'au cas d'avaries partielles et si, dans l'une et l'autre hypothèse, il était également nécessaire d'intenter l'action en dommages-intérêts dans les vingt-quatre heures. Il nous suffira, sans entrer dans l'examen détaillé de cette controverse, d'indiquer la solution à laquelle s'étaient arrêtés les deux jurisconsultes célèbres dont l'opinion jouissait, à juste titre, d'une autorité incontestée en matière de droit maritime.

Valin s'en exprime ainsi dans son commentaire sur l'article de l'ordonnance que nous venons de reproduire (édit. Bécane, p. 209) : « Les accidents maritimes sont si fréquents

Digitized by Google

« qu'il se pourrait qu'un navire, après avoir été abordé par « un autre, souffrît, dans un intervalle assez court, d'autres « avaries dont on dissimulerait la cause pour les faire regar- « der comme un effet direct de l'abordage. Tel est le motif « de la brièveté de l'action concernant l'abordage, et rien as- « surément n'est plus juste pour éviter les surprises.»

Valin, on le voit, ne résout pas expressément la question que nous avons posée; mais je crois qu'il se prononce implicitement dans le sens de la négative; à mon avis, il restreint l'application de cet article au cas d'avaries partielles. Cela résulte du motif par lequel il justifie et explique la disposition de l'ordonnance. Si l'on exige que la demande soit formée dans les vingt-quatre heures, c'est, d'après Valin, parce qu'on redoute des erreurs, c'est parce que l'on craint que les juges n'imputent à l'abordage des avaries postérieures dont ils ignoreraient ou dont on leur dissimulerait la cause véritable. Or de pareilles craintes n'ont aucun fondement, un semblable danger est irréalisable lorsque le navire a totalement péri à la suite de l'abordage. Donc la disposition rigoureuse de l'ordonnance est étrangère à cette hypothèse: elle ne saurait, en conséquence, s'appliquer qu'au cas d'avaries partielles.

Émérigon est plus explicite; il prévoit expressément notre difficulté et se prononce en termes formels dans le même sens. Nous lisons, en effet, dans son *Traité des assurances* (ch. XIX, sect. 16, § 2-2°): «Cette prescription de vingt-quatre « heures est établie au sujet du dommage reçu, c'est-à-dire « au sujet d'une simple avarie occasionnée par l'abordage; « d'où il suit que la prescription n'a pas lieu dans le cas où « l'abordage a causé la perte entière de l'un des navires. On « retombe alors dans les dispositions du droit commun, tant « contre celui à qui le sinistre majeur est imputé que contre « les assureurs du navire naufragé. »

Malgré les sérieux motifs invoqués en sa faveur, cette opinion n'était pas cependant universellement admise; la doctrine contraire fut même consacrée par un arrêt de rejet de la section civile de la Cour de cassation du 5 messidor an XIII (24 juin 1805), rapporté dans Dalloz, *Répert.*, v° DROIT MARITIME, n° 2294.

22. Deux années s'ecoulèrent, et le 15 septembre 1807 fut décrété le livre II de notre Code de commerce, relatif au

Digitized by Google

commerce maritime. Dans ses articles 435 et 436, il a reproduit, en les résumant, les dispositions de l'ordonnance de 1681, mais il n'a pas expressément résolu la difficulté que nous examinons.

De là est née la question de savoir quelle interprétation doit être donnée à ces articles. Le législateur de 1807 a-t-il entendu consacrer l'opinion d'Émérigon, que nous croyons être en même temps celle de Valin? A-t-il eu, au contraire, la pensée de faire prévaloir la doctrine de la Cour de cassation?

C'est en ce dernier sens, qu'après de mûres réflexions nous n'hésitons pas à nous prononcer; à notre avis, les conditions de recevabilité de l'action en dommages-intérêts, à raison d'un abordage, sont les mêmes dans tous les cas; aussi bien lorsque le navire abordé a sombré que lorsqu'il a seulement éprouvé des avaries partielles.

Cette solution est fondée sur le texte de la loi. Le législateur déclare non recevable toute action en indemnité pour dommage causé par l'abordage dans un lieu où le capitaine a pu agir, s'il n'a pas fait et signifié de réclamation dans les vingt-quatre heures, et si, dans le mois de sa date, cette protestation n'est pas suivie d'une action en justice. Il emploie ici le mot *dommage*, expression générale dont le sens est fort étendu et qui comprend, sans distinction, tout préjudice résultant de l'abordage, le sinistre majeur aussi bien que les avaries partielles. Nous sommes donc autorisé à en conclure que la règle édictée par nos articles est absolue, qu'elle doit être suivie dans toutes les hypothèses, en vertu de la maxime *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.*

Nous avons affirmé que le mot *dommage* est une expression générale, et que le sinistre majeur rentre sous cette dénomination; il faut en fournir la preuve. L'article 435 ne s'explique pas à cet égard; nous devons donc chercher à déterminer, à l'aide d'autres textes, le sens que la loi donne à ce mot. Or, l'article 407, en matière d'avaries, renferme la même expression et ne laisse aucun doute sur sa signification. Il est certain, en effet, que le législateur a compris, sous cette désignation, la perte totale du navire abordé aussi bien que les avaries partielles. Le mot *dommage* a donc, en matière d'avaries et d'abordage, un sens général et absolu; nous devons le

Digitized by Google

lui conserver dans l'interprétation de notre article 435, à moins que les rédacteurs de nos lois n'aient manifesté l'intention d'en restreindre l'étendue en notre matière.

Mais c'est précisément ce que l'on prétend. On soutient que le dommage dont parle l'article 435, § 3, ne peut s'entendre que des avaries partielles, et voici de quelle manière on s'efforce de le prouver. Nous rencontrons, dit-on, deux fois cette expression dans l'article 435 : elle est employée dans le premier et dans le troisième alinéa. Il est certain que dans le premier alinéa, le législateur n'a compris, sous cette désignation, que les avaries partielles. En effet, la loi déclare non recevable toute action contre le capitaine et les assureurs pour dommage arrivé à la marchandise, lorsqu'elle a été reçue sans protestation. Or si les marchandises ont été livrées et reçues sans protestation, c'est évidemment qu'elles n'ont pas péri entièrement. Par conséquent, le mot *dommage*, dans le premier alinéa de notre article, ne peut s'entendre que des avaries partielles. Or il est impossible d'admettre que le législateur, en répétant la même expression dans le troisième alinéa du même article, ait eu la pensée de lui attribuer une signification différente de celle qu'il lui donnait dans le premier alinéa. Donc, dans le troisième alinéa comme dans le premier, ce mot ne peut s'entendre que des avaries partielles, et notre disposition est complétement étrangère au cas où le navire périt à la suite de l'abordage.

Il est d'autant plus impossible, ajoutent nos contradicteurs, de prêter au législateur une autre intention, que, dans le deuxième comme dans le premier alinéa, il ne prévoit que le cas d'avaries partielles des marchandises. S'il avait voulu, dans le troisième alinéa de ce même article, réglementer non-seulement l'hypothèse d'avaries partielles survenues au navire, mais encore celle de la perte totale, il aurait dû y consacrer un article spécial. Or il ne l'a pas fait ; c'est certainement parce que, dans ces trois alinéa, il avait en vue une hypothèse unique, celle d'avaries partielles souffertes, soit par les marchandises, soit par le navire.

Il est facile, à notre avis du moins, de répondre à cette double objection. D'une part, en effet, de ce que le mot *dommage* ne se réfère, dans le premier alinéa, qu'aux avaries partielles, il ne résulte nullement que dans le troisième alinéa

Digitized by Google

il ait la même signification. Tout au plus pourrait-on en induire une probabilité, mais cela ne suffit pas pour nous déterminer à restreindre la portée d'une expression aussi générale; tout au contraire, le texte lui-même prouve l'inexactitude des solutions que l'on voudrait déduire d'une base aussi fragile. Si, dans le premier alinéa, le mot *dommage* a un sens restreint, c'est parce qu'une pareille interprétation résulte de son texte même; mais nous ne voyons aucun motif pour admettre cette interprétation limitative dans le cas prévu par le troisième alinéa, parce que rien, dans cette disposition, ne nous prouve que telle ait été la pensée des rédacteurs de notre Code. D'autre part, de ce que, dans les deux premiers alinéa, le législateur s'occupe d'avaries partielles, il ne résulte pas nécessairement, quoi que l'on en dise, qu'il prévoit la même hypothèse dans le troisième alinéa, alors qu'une semblable intention ne se dégage pas du texte de la loi. Pour accueillir un semblable procédé d'argumentation, il faudrait admettre que notre Code est un modèle irréprochable de rédaction; et nul n'ignore les nombreuses critiques adressées, à cet égard, à nos lois.

Nous considérons, au contraire, comme certain, que le législateur, par cela seul qu'il s'est contenté de reproduire la règle édictée sur ce point par l'ordonnance de 1681, sans la modifier expressément, a suffisamment manifesté la volonté de lui conserver la portée que lui avaient donnée la pratique et la jurisprudence. Or, nous l'avons déjà dit, le tribunal d'appel de Poitiers et la section civile de la Cour de cassation avaient interprété la disposition de l'ordonnance de la manière la plus large et la plus étendue; ils l'avaient appliquée non-seulement dans le cas d'avaries partielles, mais encore dans le cas de perte totale; en conséquence ils exigeaient, dans toutes les hypothèses, que l'action en dommages-intérêts fût intentée dans le délai de vingt-quatre heures fixé par l'ordonnance. Nous sommes donc autorisé à conclure que l'intention du législateur, parfaitement conforme au texte de la loi, a été de soumettre la recevabilité de l'action en dommages-intérêts aux mêmes conditions dans tous les cas, même dans le cas où le navire abordé a sombré et a totalement péri.

On conteste de nouveau notre conclusion, et, à l'aide des

Digitized by Google

travaux préparatoires, on cherche à prouver que le législateur a voulu consacrer la doctrine que Valin semblait admettre dans notre ancienne jurisprudence, la doctrine qu'Émérigon y enseignait de la manière la plus formelle. On invoque en ce sens l'explication que Locré donne de notre article 435 dans son *Esprit du Code de commerce* (2e édit., t. II, p. 605) : « A l'égard de la réclamation en cas d'abordage, dit-il, si la « loi exige qu'elle soit faite dans les vingt-quatre heures, « c'est pour que l'on ne puisse pas attribuer dans la suite à « l'abordage des dommages qui auraient pour cause d'au- « tres accidents à la charge du capitaine ou de l'armateur. » C'est la reproduction presque littérale du commentaire de Valin. Or ce motif, nous l'avons déjà fait remarquer, est spécial à l'avarie partielle, il n'existe pas dans le cas de perte totale du navire abordé. Nous devons donc restreindre l'application de notre article 435 et la limiter au cas d'avaries.

A cette objection, nous pourrions nous contenter de répondre que les motifs de la loi ne sauraient prévaloir contre un texte dont la signification n'est pas douteuse, ainsi que nous l'avons démontré. Mais allant plus loin et suivant nos adversaires sur le terrain qu'ils ont habilement choisi, nous nous demanderons si telle est bien la raison d'être de notre article 435. Rien ne l'indique ni dans les procès-verbaux du Conseil d'État (nos articles ont été votés sans discussion), ni dans l'exposé des motifs, qui est muet sur ce point. C'est Locré qui, voulant expliquer l'article 435, a cru ne pouvoir mieux faire que d'emprunter à Valin les considérations par lesquelles il justifiait l'ordonnance dont notre article reproduit les principes. Ce n'est donc là qu'une opinion personnelle à cet auteur; elle ne saurait, en aucun cas, être décisive. Pour démontrer, au surplus, que ce n'est pas là le seul motif de notre loi, il suffit de poursuivre la lecture de l'*Esprit du Code de commerce*, et d'y chercher l'explication de l'article 436, complément de notre article 435. On y voit que le législateur a été également inspiré par des considérations tirées de l'intérêt du commerce, surtout du commerce maritime, qui exige une grande célérité. Il est nécessaire qu'à chaque instant, en quelque sorte, le commerçant sache de quelles ressources, de quels capitaux il peut disposer. A cette condition seulement il pourra continuer et développer ses

Digitized by Google

vastes entreprises, à cette condition seulement il ne sera pas arrêté dans ses spéculations par la crainte de contestations tardives. Or, peu importe que la demande formée contre lui ait pour fondement la perte totale du navire abordé ou des avaries partielles; dans l'un et l'autre cas l'intérêt du commerce est le même, dans l'un et l'autre cas il exige la même sécurité, et le commerçant demande à être assuré de ne pas être traduit en justice à raison de faits déjà anciens. Donc, dans l'un et l'autre cas, le délai doit être le même, et la même fin de non-recevoir doit pouvoir être opposée à l'action en dommages-intérêts si elle est tardivement intentée.

Cette solution est d'autant plus nécessaire que la doctrine contraire laisserait subsister dans la loi une lacune regrettable. Il en résulterait, en effet, que, dans le cas de perte totale du navire abordé, l'action en dommages-intérêts ne serait soumise à aucune prescription particulière, qu'elle serait régie par les règles du droit commun, c'est-à-dire qu'elle aurait une durée de trente ans, sauf l'application de l'article 373, si l'on voulait agir contre les assureurs et leur consentir le délaissement. Or une pareille conséquence condamne le système qui l'engendre. Le législateur, dont l'œuvre a été élaborée avec tant de soins, qui suivait pas à pas cette admirable ordonnance de 1681, n'a pas pu oublier que l'abordage causait souvent la perte totale du navire abordé. Cette hypothèse devait nécessairement se présenter à son esprit; il est inadmissible qu'il n'ait pas voulu la réglementer et qu'il ait eu l'intention de laisser en souffrance des intérêts aussi respectables. Il était, au contraire, indispensable de la prévoir, non-seulement pour protéger le commerce maritime, mais encore pour assurer à tous une justice éclairée. L'action en dommages-intérêts, à raison d'un abordage, a, en effet, pour fondement une faute imputable au capitaine du navire abordeur, et pour se prononcer en connaissance de cause sur l'existence de ce délit ou de ce quasi-délit, il est nécessaire de tenir compte de toutes les circonstances, même des plus fugitives; c'est précisément pour atteindre ce résultat, pour arriver plus sûrement à la manifestation de la vérité, que le législateur a prescrit l'accomplissement à bref délai des formalités indiquées dans nos articles 435 et 436. Or qu'importe, dirons-nous encore une fois, que le navire abordé

Digitized by Google

ait totalement péri ou qu'il ait seulement subi des avaries partielles? Est-ce que dans tous les cas les difficultés ne sont pas les mêmes? Est-ce que dans tous les cas la justice n'a pas les mêmes exigences? Est-ce que dans tous les cas il n'est pas également nécessaire d'assurer la manifestation de la vérité? Évidemment si; donc les mêmes règles régissent et doivent régir l'une et l'autre hypothèse, et l'on doit, dans les deux cas, soumettre aux mêmes conditions de recevabilité l'action en dommages-intérêts.

Cette argumentation est assurément très-puissante; toutefois elle ne nous paraîtrait pas suffisante pour suppléer au silence du législateur, et elle ne pourrait nous déterminer à admettre une déchéance qu'il n'aurait pas édictée. Mais, ainsi que nous l'avons déjà démontré, le texte de nos articles est général et absolu, et cette hypothèse de la perte totale du navire abordé n'a pas pu échapper à la perspicacité des rédacteurs de notre Code. Dans ces conditions, les considérations que nous venons de présenter ne peuvent que nous fortifier dans notre opinion; nous y puisons un nouveau motif pour appliquer notre article dans sa généralité et pour ne pas en restreindre arbitrairement la portée.

Concluons donc que la fin de non-recevoir édictée par les articles 435 et 436 de notre Code de commerce peut être invoquée non-seulement dans le cas où l'abordage a occasionné des avaries partielles, mais encore lorsqu'il a causé la perte totale du navire abordé.

Nous ne voulons pas cependant abandonner cette discussion sans justifier la disposition de notre Code et l'interprétation que nous lui avons donnée. C'est avec raison, suivant nous, que le législateur a repoussé toute distinction basée sur les conséquences de l'abordage. Sil en avait été autrement, les magistrats auraient souvent éprouvé les plus graves difficultés pour se prononcer sur la recevabilité des actions en dommages-intérêts dont ils auraient été saisis. Le navire abordé peut, en effet, ne pas sombrer immédiatement; il peut flotter encore pendant plusieurs jours et même pendant quelques semaines. Une voie d'eau s'est déclarée à la suite de l'abordage, on cherche à l'aveugler, on croit avoir réussi; mais la réparation devient insuffisante, et le navire coule. Nos articles seront-ils applicables? Si le législateur a

Digitized by Google

admis que la fin de non-recevoir qu'il édicte est spéciale au cas d'avaries, on devra, répondre non, et l'action en dommages-intérêts sera recevable, même sans protestation dans les vingt-quatre heures, si cette perte est une conséquente de l'abordage; oui, et la fin de non-recevoir de nos articles pourra être invoquée si cette perte n'est pas imputable à l'abordage, parce qu'il n'aura occasionné que des avaries partielles. Mais comment savoir quelle est la cause véritable de la perte du navire abordé? Comment le juge pourra-t-il découvrir la vérité alors que souvent les deux navires auront suivi une route différente et qu'il n'aura pour éclairer sa religion que les témoignages de l'équipage du navire naufragé? Admettre une pareille distinction, n'est-ce pas exposer le juge aux plus graves perplexités? Le législateur, dans sa prudence, a voulu prévenir ces difficultés inextricables, et il l'a fait en soumettant la recevabilité de l'action en dommages-intérêts aux mêmes conditions dans tous les cas, quel que soit le résultat de l'abordage; il a pu édicter une règle rigoureuse, mais il a tari une source de contestations sans nombre; nous ne pouvons que louer sa sagesse.

V. en ce sens : Boulay-Paty, *Annotations sur Émérigon*, t. II, p. 339; Boulay-Paty, *Droit commerc.*, t. IV, p. 608; Caumont, *Dict. de droit maritime*, 2e édit., v° ABORDAGE MARITIME, n°s 282 et suiv., et suppl. *eod. verbo*, n°s 283, 326; Pouget, *Principes de droit maritime*, n° 406, p. 457 et suiv.; Sibille, *Jurisp. et doct. en matière d'abordage*, p. 87, n° 108; Vincens, *Législ. commerc.*, t. III. p. 117; Devilleneuve, Note sur l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix du 11 mai 1857, Sir., 1857, II, 721; Labbé, Note sur l'arrêt de la Cour de cassation du 21 avril 1874, Sir., 1875, I, 97; Hœchster et Sacré, *Manuel de dr. commerc. français et étranger*, t. II, p. 1095.

Aix, 12 mai 1857, *Gauthier*, Sir., 1857, II, 721; Aix, 11 février 1859, *Fraissinet et Lapierre*, D. P., 1861, I, 113; Aix, 29 janvier 1866; Rennes, 11 décembre 1866, cités par Hœchster et Sacré, *op. sup. cit.*, p. 1095; Civ., cass. 21 avril 1874, *comp. la Garonne*, Sir., 1875, I, 97; Montpellier, 31 mars 1873, *Mouttet*, Sir., 1873, II, 165, et sur pourvoi Civ. rej., 4 août 1875, Sir., 1876, I, 56; Douai, 16 juin 1875, *Libert*, rapporté *Journ. du dr. intern. privé*, 1876, p. 356; tribunal de comm. d'Anvers, 19 juin 1875, *cap. Tixi*, rapporté *Journ. du dr.*

Digitized by Google

intern. privé, 1876, p. 467; Rouen, 27 novembre 1876, *Amice*, *le Droit* du 18 avril 1877.

V. en sens contraire: Alauzet, *Comment. du Code de comm.*, 2e édit., t. V, n° 2373; Dall., *Répert.*, v° DROIT MARITIME, n° 2294, et v° EXCEPTION, n° 214; Bédarride, *Du comm. mar.*, t. V, n° 2027.

Rennes, 5 février 1838, cité par Devilleneuve dans la note indiquée *suprà;* trib. de Savenay, 6 février 1863, *Journal de Nantes*, 1863, I, 11; trib. de comm. de Saïgon, 28 octobre 1869, et Cour d'appel de Saïgon, 3 décembre 1869, *Messageries nationales*, Sir., 1871, I, 183; Bordeaux, 19 août 1871, *comp. la Garonne*, Sir., 1875, I, 97 (cassé par arrêt du 21 avril 1874, *suprà citat.*).

23. La combinaison de ces règles avec les principes du droit international privé donne naissance à une très-grave difficulté. Il peut arriver que l'abordage ait eu lieu dans un port étranger, qu'il soit imputable à une faute du capitaine d'un navire français et que l'action en dommages-intérêts intentée contre ce capitaine ou contre le propriétaire du navire qu'il commandait soit portée devant les tribunaux français. Par quelle loi sera régie la recevabilité de cette action en indemnité? Est-ce par la loi de la nation de laquelle dépend le tribunal saisi de l'instance, par la loi française, dans l'espèce? Faudra-t-il, en conséquence, appliquer nos articles 435 et 436 et exiger que la protestation ait été faite et signifiée dans les vingt-quatre heures? Est-ce, au contraire, par la loi du lieu où a été faite et signifiée cette protestation, et suffira-t-il que ces formalités soient accomplies dans le délai fixé par la législation en vigueur dans cette localité?

La diversité qui existe entre les lois des différents peuples sur ce point, donne, dans la pratique, un très-grand intérêt à la solution de cette question. Ainsi, pour ne prendre qu'un exemple, nous citerons la loi italienne, qui accorde un délai de trois jours pour protester et pour notifier la réclamation, et un délai de deux mois pour intenter l'action en dommages-intérêts. Supposons qu'un navire étranger ait été victime d'un abordage dans un port italien et que l'auteur, responsable de cet accident, soit le capitaine d'un navire français. On veut le poursuivre devant les tribunaux français. Quelles seront les conditions de recevabilité de l'action? Il faudra

Digitized by Google

une protestation; les deux législations, la législation italienne et la législation française, l'exigent également. Mais est-il nécessaire que cette réclamation ait été faite et notifiée dans les vingt-quatre heures, comme l'exige la loi française? Suffit-il, au contraire, qu'elle l'ait été dans les trois jours, conformément à la loi italienne?

Nous n'hésitons pas à nous prononcer en faveur de la première opinion; nous pensons que la recevabilité de l'action est régie par la loi en vigueur dans le lieu où siége le tribunal saisi de la demande en réparation du dommage causé par l'abordage; nous déciderons, en conséquence, dans l'espèce que nous avons supposée, que le délai dans lequel doit être faite et signifiée la protestation est déterminé par les articles 435 et 436 de notre Code de commerce.

Cette solution nous paraît fondée à la fois sur les principes généraux du droit et sur les motifs qui expliquent et justifient nos articles 435 et 436.

Nous disons d'abord que les principes généraux du droit commandent cette solution. En effet, la loi, en instituant les tribunaux, a déterminé les règles de leur compétence et les conditions de recevabilité des actions portées devant eux. Les juridictions françaises ont été créées par la loi française; c'est, en conséquence, par les dispositions de notre loi nationale qu'est régie leur compétence et que sont fixées les conditions de recevabilité des actions dont la connaissance leur est déférée, à moins qu'un texte formel n'autorise, dans un cas spécial, l'application d'une législation étrangère. Or, les articles 435 et 436 de notre Code de commerce indiquent, avec une précision rigoureuse, les conditions de recevabilité des actions en réparation du dommage causé par un abordage; ils ne se réfèrent pas à la loi de la nation dans le port ou dans les eaux de laquelle s'est produit cet événement; ils n'autorisent pas les magistrats français à appliquer, dans ce cas, les dispositions de la loi étrangère. Donc, les tribunaux français, saisis d'une demande de cette nature, sont tenus de se conformer aux dispositions de notre Code; ils doivent la repousser et la déclarer non recevable, si toutes les conditions exigées par nos articles ne sont pas remplies.

Les motifs qui expliquent la disposition peut-être sévère de notre article 436, justifient l'opinion à laquelle nous

Digitized by Google

n'avons pas hésité à accorder notre adhésion. Nous avons déjà eu occasion de le dire, le législateur a voulu donner satisfaction aux exigences du commerce maritime et sauvegarder ses véritables intérêts. Il est nécessaire que le commerçant connaisse à tout moment, en quelque sorte, sa situation, pour ne pas se lancer à la légère dans de nouvelles entreprises; il faut qu'il ne soit pas arrêté, dans le développement de ses affaires, par la crainte de réclamations tardives. Or, ces considérations ont la même puissance dans tous les cas, que l'abordage ait eu lieu dans un port français ou dans un port étranger. Notre conclusion sera donc que nos articles 435 et 436 doivent s'appliquer également dans toutes les hypothèses, et qu'à défaut de réclamation faite et signifiée dans les vingt-quatre heures, l'action en réparation du dommage causé par un abordage dans un port étranger doit être déclarée non recevable, si elle est portée devant les tribunaux français.

V. en ce sens : Aix, 11 février 1859, *Fraissinet*, D. P., 1861, I, 113 ; Marseille, 2 mai 1865, *Journ. de Marseille*, 1865, II, 52; Aix, 29 janvier 1866, *Journ. de Marseille*, 1866, I, 80; Aix, 12 juillet 1871, *Zereick*, Sir., 1872, II, 23; Aix, 12 février 1870, *Mouttet* et sur renvoi après cassation, Montpellier, ch. réunies 31 mars 1873, Sir., 1873, II, 165, et sur pourvoi Civ. rej., 4 août 1875, Sir., 1876, I, 56.

Cf. Labbé, Note sur l'arrêt de la Cour de cassation du 21 avril 1874, Sir., 1875, I, 97 ; Caumont, *Dict. de droit marit.*, v° ABORDAGE MARITIME, n°s 261 et suiv.

24. Malgré les sérieux arguments qui militent en sa faveur et l'autorité que lui donne une jurisprudence aussi considérable, cette opinion a cependant été contestée, et il est inutile d'en fournir d'autre preuve que celle résultant des nombreuses décisions judiciaires qui ont été rendues en cette matière et que nous avons citées. Cette controverse a pour fondement, comme la plupart des controverses, des considérations d'équité, à l'aide desquelles on essaye de combattre et de faire repousser les conséquences d'une règle que l'on considère comme trop rigoureuse. On a fait observer qu'il y avait une véritable injustice à faire, en pareille occurrence, application de la loi française. Le capitaine du navire abordé peut, en effet, ignorer devant quels juges devra être

Digitized by Google

portée l'action en dommages-intérêts, et son ignorance est d'autant plus excusable, que les questions de compétence sont toujours difficiles à résoudre; il peut, dans tous les cas, ne pas connaître la loi du pays dont les tribunaux seront appelés à se prononcer, les formalités dont elle exige l'accomplissement, le délai qu'elle accorde pour protester et les notifications qu'elle prescrit. L'ignorance du capitaine explique et justifie son silence, et il serait souverainement injuste de le déclarer forclos, à raison de l'inobservation de règles qu'il ne connaissait pas. Aucune négligence ne peut sérieusement lui être reprochée; son droit ne saurait être ni compromis, ni perdu. N'est-il pas suffisant de lui imposer l'observation de la loi du lieu où est faite sa protestation, lorsque l'abordage s'est produit dans un port étranger? De cette manière, on se conforme aux intentions qui ont inspiré notre article 436 et l'on prévient ces réclamations tardives que le législateur a voulu empêcher, dans le double intérêt du commerce et de la justice. Pour donner à cette opinion un appui dans la loi, on a invoqué la maxime : *Locus regit actum*, et l'on a proposé d'en faire ici l'application. Voici comment s'en exprime M. Demolombe, dans une consultation produite devant la Cour de cassation, à l'occasion du pourvoi dirigé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 31 mars 1873 : « Au point de vue juridique, la « fixation d'un délai pour l'accomplissement d'un acte se lie « intimement au caractère des formalités exigées pour la « validité de cet acte, et, par suite, la loi qui régit les for- « malités doit régir aussi les délais. La condition de temps « accordé par une loi pour faire un acte solennel tient « essentiellement à la nature des formalités qu'elle exige; « soumettre un acte à une loi pour la forme, à une autre loi « pour le délai dans lequel les formes doivent être accom- « plies, ce serait s'exposer à exiger l'impossible. Si la loi « italienne a donné trois jours pour protester en cas d'abor- « dage, c'est que ce délai est réputé nécessaire, d'après l'or- « ganisation de la procédure italienne, pour l'exécution « régulière de l'acte de protestation. Le délai d'une formalité « n'est, en définitive, qu'un des moyens garantis par la loi, « et, presque toujours, le plus indispensable d'accomplir « les formalités légales; la loi ne peut exiger que ce qu'elle

Digitized by Google

« rend possible. Le délai est donc de l'essence même de la « formalité et est réglé nécessairement par la loi qui régit « l'acte. »

Nous ne pouvons accepter ni cette argumentation, ni la conséquence que M. Demolombe en déduit, et nous croyons pouvoir démontrer sans peine qu'il n'y a pas lieu de suivre, dans notre hypothèse, la maxime : *Locus regit actum.* Pour fournir cette preuve d'une manière complète, il est nécessaire de préciser le sens et de déterminer la sphère d'application de cette règle ; il sera facile ensuite de résoudre la difficulté qu'on soulève relativement à notre article 436.

La maxime : *Locus regit actum* n'est écrite en termes formels dans aucun texte de nos lois ; ce silence est d'autant plus significatif que, dans le projet de Code civil, elle était consacrée par un article spécial et que cette disposition a disparu lors de la rédaction définitive. Néanmoins, il existe dans notre Code civil plusieurs articles qui font, dans quelques cas, l'application de cette règle. Le législateur décide, en conséquence, que certains actes, faits en pays étranger, sont valables lorsqu'on a observé les formalités prescrites par loi du lieu où ils ont été passés. Nous nous contenterons de citer les articles 47, 170, 999 de notre Code civil. Ces dispositions, dont nous allons indiquer la raison d'être, nous serviront à décider dans quelle mesure le législateur a admis la maxime : *Locus regit actum.* Elles se réfèrent aux actes de l'état civil (art. 47), au mariage (art. 170) et aux testaments (art. 999). Or, si l'acte de l'état civil des Français et des étrangers, reçu en pays étranger, fait foi en France, pourvu qu'il ait été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays ; si le mariage contracté en pays étranger entre Français et entre Français et étranger, est valable, pourvu qu'il ait été célébré dans les formes usitées dans le pays, et pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par notre article 63 et qu'il n'ait pas été contrevenu aux dispositions du chapitre premier du titre Du mariage ; si, enfin, le testament par acte public d'un Français en pays étranger est valable, pourvu qu'il ait été fait par acte authentique, avec les formes usitées dans le lieu où il est passé, c'est, évidemment, parce que cette solution législative était nécessaire et indispensable. Comment, en effet, un Français en pays étranger pourrait-il observer les formalités

Digitized by Google

prescrites par la loi française? Mais les officiers publics ne sont pas les mêmes, les officiers ministériels étrangers peuvent ignorer la loi française et les formes qu'elle prescrit, peut-être même la loi de leur institution leur en interdit-elle l'observation. L'absence d'officiers compétents d'après la loi française, leur ignorance ou les dispositions prohibitives de la loi étrangère mettraient le Français dans l'impossibilité de faire constater authentiquement les événements accomplis à l'étranger, qui intéressent au plus haut degré son état, ou d'exercer les droits que la loi française lui reconnaît. Cet intérêt de premier ordre imposait au législateur l'obligation de se contenter de l'observation des formalités prescrites par la loi du lieu où l'acte a été passé. Tels sont les motifs qui justifient les dispositions des articles 47, 170 et 999 du Code civil; elles se légitiment par leur nécessité.

Ainsi, d'une part, notre Code ne consacre pas d'une manière générale et absolue la maxime : *Locus regit actum*, et si, d'autre part, il en fait l'application dans quelques hypothèses, c'est parce qu'il y est contraint par une nécessité inélectable. Les dispositions de notre loi à cet égard ne doivent pas être restrictivement interprétées, le bénéfice doit en être étendu à tous les cas identiques, mais il doit être strictement limité aux hypothèses dans lesquelles une nécessité impérieuse nous en impose l'application.

Il est dès lors facile de déterminer les cas dans lesquels la maxime: *Locus regit actum* devra être suivie. Elle ne peut se référer qu'aux formalités extérieures et intrumentaires; elle est totalement étrangère aux conditions instrinsèques requises pour la validité des conventions ou des actes. Pour les premières seulement, il est nécessaire de se contenter de l'observation de la loi en vigueur dans le lieu où l'acte est passé; on ne conçoit, pour les secondes, aucune impossibilité de se conformer à la loi nationale de la partie, et aucune nécessité ne nous impose l'obligation de nous contenter de l'observation de la loi du lieu où l'acte est fait ou consenti. Cette déduction logique est corroborée par le rapprochement des trois articles 47, 170 et 999 de notre Code civil, qui s'occupent exclusivement des formalités extérieures et instrumentaires. Nous avons ainsi établi, avec la logique et les textes, le sens de notre maxime et posé le principe qui

Digitized by Google

nous servira à réfuter l'objection formulée contre l'opinion que nous avons admise dans l'hypothèse des articles 435 et 436 de notre Code de commerce.

Il y a dans ces articles trois choses que nous devons soigneusement distinguer : la protestation, sa signification et le délai dans lequel ces deux formalités doivent être accomplies.

Nos textes ne soumettent à aucune règle particulière la protestation et sa signification. Il faut donc leur faire application de la maxime : *Locus legit actum*, et ces actes seront valables si l'on s'est conformé pour leur forme à la loi en vigueur dans le lieu où ils auront été faits. Admettre la solution contraire serait s'exposer à ce que le droit de la victime d'un abordage fût compromis, soit par l'ignorance des fonctionnaires ou des officiers ministériels étrangers, soit par les dispositions des lois qui les régissent et auxquelles ils doivent obéissance. Nous rencontrons donc ici cette considération, qui nous a donné l'explication des articles 47, 170 et 999 de notre Code civil. Du moment où les deux hypothèses donnent naissance aux mêmes nécesités pratiques, la règle doit être la même et il faut leur appliquer également la maxime : *Locus regit actum.* Sur ce premier point, on ne peut raisonnablement élever aucune contestation.

Nous arrivons maintenant au troisième élément renfermé dans notre article 436, au délai dans lequel la protestation doit être faite et signifiée. Ici les termes de la loi sont impératifs et absolus; c'est dans les vingt-quatre heures que ces formalités doivent être remplies. S'il ne se conforme pas à cette prescription rigoureuse, le demandeur sera forclos, et les tribunaux français saisis de son action devront, sur la demande du défendeur, la repousser par une fin de non-recevoir. Il est ici impossible de se prévaloir de la maxime : *Locus regit actum;* car si l'observation d'un délai peut être une conditiun de recevabilité d'une action, elle ne constitue à aucun titre une formalité extérieure ou instrumentaire des actes. C'est en vain qu'on objecte que le délai est de l'essence même de la formalité; car bien que fait après l'expiration du délai imparti par la loi, l'acte n'en existe pas moins, il n'en est pas moins valable en lui-même; seulement il peut être inefficace pour la conservation des droits de la

Digitized by Google

partie intéressée : c'est en ce sens que le législateur a, par notre article 436, déclaré nulles la protestation et sa signification, si elles ont été faites tardivement ou si elles n'ont pas été suivies dans le mois d'une action en justice. Nous ne rencontrons du reste ici aucune des considérations qui expliquent les articles 47, 170 et 999 de notre Code civil, et c'est, à nos yeux, une raisen suffisante pour écarter toute application de notre maxime. Quel obstacle, en effet, s'oppose à ce que, dans l'hypothèse que nous avons prise pour exemple, la protestation et la signification aient lieu dans les vingt-quatre heures plutôt que dans les trois jours? Évidemment aucun, puisque si la loi étrangère, la loi italienne, dans l'espèce, accorde un délai de trois jours, elle ne défend pas d'accomplir immédiatement ces formalités, et ne met pas les intéressés dans l'impossibilité de se conformer à la loi française. En résumé, nous comprenons sans peine qu'on applique aux formalités extérieures et instrumentaires de la protestation et de sa signification la règle : *Locus regit actum*, parce qu'on ne peut pas exiger davantage; mais, en ce qui concerne le délai, nous n'apercevons aucune nécessité analogue et nous concluons qu'il est déterminé par la loi nationale du tribunal saisi de la demande, c'est-à-dire par la loi française si l'action est portée, comme nous l'avons supposé, devantles tribunaux français.

Mais il ne nous suffit pas d'avoir combattu sur le terrain juridique l'argument que l'on a essayé de déduire de la maxime : *Locus regit actum*, et d'avoir ainsi repoussé la solution qui résulterait de l'application de cette règle : notre ambition est plus haute; nous voulons prouver en outre que l'opinion par nous professée est en tout point conforme à l'équité. Est-il bien exact, en effet, de prétendre que le capitaine du navire abordé se verra forclos sans avoir même connu le délai qui courait contre lui? Nous ne le pensons pas. D'une part, une semblable ignorance sera très-rare; car les rapports que les habitudes ou les accidents de la navigation établissent entre capitaines de navires de nationalités différentes, leur imposent l'obligation de connaître les législations étrangères au moins dans leurs dispositions principales et les plus usuelles. En partant de cette idée, l'article 436 se justifie facilement; le législateur a statué *de eo*

Digitized by Google

quod plerumque fit; il a pensé que le capitaine du navire abordé saurait quelles formalités il doit remplir pour conserver contre l'auteur responsable de l'abordage un recours efficace; et la déchéance édictée par notre texte ne lui a pas paru contraire à l'équité. Mais nous irons plus loin, et même en admettant qu'il soit difficile de connaître les règles des législations étrangères et que la plupart des capitaines les ignorent (ce que nous ne supposons que *argumentationis causâ*), la disposition de notre Code peut encore se justifier. Car le capitaine du navire abordé aura toujours la faculté de se procurer dans le port où a eu lieu l'abordage, soit auprès des représentants de sa nation, soit auprès des autorités du pays, tous les renseignements dont il aura besoin. L'inefficacité d'une protestation et d'une signification tardives lui sera certainement signalée, et la déchéance qu'il encoure ne sera que la conséquence de sa faute ou la peine de sa négligeance. Les exigences de l'équité sont donc pleinement satisfaites, et l'objection qu'on nous adressait est réfutée d'une manière complète.

25. Les motifs que nous venons d'invoquer nous déterminent à admettre la même solution, lorsque l'abordage a eu lieu en pleine mer, à suivre, dans ce cas, nos articles 435 et 436, et à décider que l'action en dommages-intérêts intentée de ce chef contre un Français et portée devant les tribunaux français, devra être déclarée non recevable si elle n'a pas été précédée d'une protestation faite et signifiée dans les vingt-quatre heures.

Cette opinion a cependant été contestée par M. Labbé dans la savante note que nous avons déjà eu plusieurs fois l'occasion de citer; il y défend son opinion avec une richesse et une puissance d'argumentation qui produisent la plus sérieuse impression; malgré d'assez longues hésitations, nous ne pouvons donner notre assentiment à cette doctrine : aussi nous faisons-nous un devoir de reproduire littéralement, avant de les combattre, les considérations à l'aide desquelles l'éminent auteur justifie sa solution :

« Tout le monde, aujourd'hui, sent le besoin de tracer, « par un accord entre les nations, des règles de droit inter- « national maritime pour ce qui se passe en pleine mer. Faut- « il attendre les résultats d'un congrès pour donner à la jus-

Digitized by Google

« tice un mouvement plus équitable à l'égard des étrangers? « Notre loi a-t-elle été faite pour régir des personnes qui ne « lui étaient soumises ni par le lien de la nationalité, ni par « le lien du séjour au moment des faits litigieux? Nous ne « proposerons pas de substituer la loi positive, arbitraire du « demandeur à celle du défendeur ou à celle du tribunal. Le « fait, à notre avis, par la diversité de nationalité des parties « et par le lieu de son accomplissement, échappe à toute loi « positive. Il reste sous la loi qui régit l'humanité tout en- « tière, le droit des gens, disaient les Romains, qui ont fini « par le confondre avec le droit naturel. Le droit des gens, le « droit commun des nations maritimes, la raison humaine « exigent, de la part du capitaine dont le navire a été en- « dommagé ou a péri par la faute d'autrui, une protestation « aussi prompte que possible. Notre délai de vingt-quatre « heures, tempéré par l'excuse de l'impuissance, comme le « fait notre jurisprudence, répond peut-être assez bien à cette « idée. Mais devons-nous admettre, comme une nécessité de « justice absolue, une signification du protêt plus prompte « que l'introduction de la demande en justice? Un retard de « quelques jours dans le recours direct contre l'auteur pré- « sumé du dommage doit-il être objecté à un demandeur « étranger si, d'ailleurs, il est démontré qu'il a agi de bonne « foi, et qu'il a usé d'une diligence raisonnable, si surtout le « retard n'a pas rendu plus difficile à constater la cause des « événements, la faute des parties?...

« Nous proposons donc au juge de statuer selon sa raison « sans le secours d'une loi positive. Oui, en attendant une « loi internationale vraiment applicable à de semblables li- « tiges. Celà est-il inouï? Notre législateur, en ordonnant au « juge de statuer dans le silence de la loi positive, l'invite à « suppléer par la raison et par le droit naturel à l'absence « de textes écrits et promulgués (art. 4 C. civ.). La Cour « d'Aix (arrêt du 12 mai 1857, Sir., 1857, II, 721), dans une « hypothèse que, suivant elle, les articles 435 et 436 n'avaient « point prévue, a substitué au délai de la loi un délai qu'elle « a appelé délai moral et la Cour suprême n'a point cassé. « Nous ne faisons pas autre chose et rien de plus exorbi- « bitant. »

L'auteur termine par cette conclusion :

Digitized by Google

« Entendue restrictivement, comme nous sommes d'avis « de le faire, la prescription (des art. 435 et 436 C. com.) « est rigoureuse, mais non injustifiable. L'abordage a eu lieu « dans un port, là où le capitaine a pu agir. Il avait huissier « et expert sous la main. La prescription de la loi se justifie « par l'utilité d'une protestation immédiate et la faculté de « sa signification. Tous les intéressés peuvent s'en rapporter « au capitaine pour une chose aussi simple. — L'abordage « a eu lieu en pleine mer. Les navires, après le choc, conti- « nuent leurs voyages en sens opposés : ou bien le navire « abordé coule et sombre tout de suite ou après avoir lutté. « Le capitaine qui a perdu son navire est recueilli soit par « le navire abordeur, soit par un navire de passage. Troublé « par son malheur, dénué de ressources, blessé peut-être, « songera-t-il à protester contre ceux-là mêmes qui, souvent, « l'auront personnellement secouru et sauvé? Faut-il faire « dépendre le droit à une réparation au profit des propriétaires du navire et du chargement, de la promptitude et « de la régularité des actes d'un homme placé dans cette « position? Non. Entendre ainsi la loi, c'est pousser sa sé- « vérité jusqu'à l'injustice. »

L'interprétation est assurément fort ingénieuse et nous pensons que cette solution mérite de la part du législateur la plus sérieuse attention; mais sans insister sur les inconvénients pratiques qu'elle peut présenter et sur les dangers qu'offrirait cette substitution de l'arbitraire du juge à la disposition de la loi, nous croyons qu'elle excède les droits du jurisconsulte, qui, s'il est encore appelé à suppléer par la raison et la loi naturelle au silence de la loi positive, n'est pas investi, comme le préteur romain, de la prérogative d'en corriger les injustices et d'en atténuer la rigueur. Nous croyons, en effet, que, dans nos articles, le législateur a entendu statuer, non-seulement sur l'abordage survenu dans un port français ou étranger, mais encore sur l'abordage arrivé en pleine mer. En conséquence, du moment où la loi a réglementé cette hypothèse, la mission du juge est toute tracée, il doit faire l'application de la disposition légale sans tenir compte des inspirations de sa raison ou des règles du droit naturel. Il est vrai que l'article 435 parle des dommages causés par l'abordage *dans un lieu où le capitaine a pu*

Digitized by Google

agir, et que ces expressions semblent ne pas comprendre le cas où l'abordage a eu lieu en pleine mer. Mais ce texte ne doit pas être séparé des précédents historiques qui l'éclairent et peuvent seuls nous conduire à une interprétation certaine, puisque l'ordonnance de 1681 a servi de guide aux rédacteurs de notre Code et a souvent été littéralement reproduite par le législateur de 1807.

Notre article 435 a été emprunté à l'article 8 du titre XII du livre 1er de l'ordonnance, que nous avons déjà cité et dont nous reproduisons de nouveau le texte : « Toute demande « pour raison d'abordage sera formée vingt-quatre heures « après le dommage reçu, *si l'accident arrive dans un port, ou « havre, ou autre lieu où le maître puisse agir.* » On pouvait conclure de cette disposition que l'ordonnance ne statuait que pour le cas où l'abordage se produisait dans un lieu où le maître pouvait agir, par exemple dans un port, dans un havre. Alors, en effet, le capitaine pouvait descendre à terre, protester dans les termes de la loi, intenter son action et sauvegarder d'une manière efficace les droits du propriétaire du navire abordé. S'il ne le faisait pas, celui-ci était forclos, son action pouvait être écartée par une fin de non-recevoir; cette déchéance était la peine d'une négligence. Mais lorsque l'abordage s'est produit dans un lieu où le capitaine n'a pas pu agir, en pleine mer par exemple, il pouvait sembler naturel et logique de ne pas suivre la règle si rigoureuse de l'ordonnance en vertu du principe : *Qui dicit de uno, negat de altero.* C'est l'argument *à contrario* qui sert de point de départ à M. Labbé et auquel les termes de l'ordonnance paraissaient donner un énergique appui.

Cependant cette interprétation restrictive ne fut pas admise dans notre ancienne jurisprudence. Valin et Émérigon s'unissent pour la combattre et enseigner la doctrine contraire.

Valin s'exprime ainsi dans son *Commentaire de l'ordonnance de* 1681 (édit. Bécane, p. 209) :

« Si l'abordage s'est fait en pleine mer, ou tellement hors « du port, qu'il ne soit pas possible au maître d'intenter son « action dans les vingt-quatre heures après le dommage, « le délai ne courra que du jour de l'arrivée de son navire « dans le port. »

Digitized by Google

Emérigon n'est pas moins formel (*Traité des assurances*, t. I, p. 336) :

« Cette prescription ne court que depuis que le capitaine, « dont le navire a été abordé, aura pu agir. D'où il suit que, « si l'abordage arrive en pleine mer ou dans un lieu où il « n'y a point de juge, la prescription sera suspendue, jus- « qu'à ce qu'on ait le moyen de se pourvoir en justice. »

Ainsi, malgré les termes de l'ordonnance, on n'avait pas hésité à en généraliser le texte et à en appliquer la disposition même à l'abordage survenu en pleine mer; seulement le délai dans lequel les formalités prescrites devaient être accomplies ne commençait alors à courir que du jour où l'on avait pu agir. Or, nous l'avons déjà dit, les rédacteurs de notre Code ont entendu conserver et ont conservé les règles de l'ordonnance. Donc nos articles 435 et 436 s'appliquent même au cas d'abordage en pleine mer. Cette solution est d'autant plus exacte que le Code n'a pas reproduit les expressions restrictives de l'ordonnance et que nous ne retrouvons plus dans notre article 435 ces mots : dans un port, un havre.

Or, si le texte de notre article 435 doit être généralisé, s'il s'applique même au cas où l'abordage a eu lieu en pleine mer, l'opinion de M. Labbé est nécessairement condamnée. Il a pris pour base de son raisonnement le silence de l'article 435 et nous venons de démontrer que la loi n'avait pas gardé le silence et que les rédacteurs de notre Code avaient entendu statuer, non-seulement sur l'abordage dans un port, mais encore sur l'abordage en pleine mer. Les juges ne peuvent donc qu'appliquer notre disposition; ils doivent, sur la demande de la partie intéressée, déclarer non recevable l'action qui n'a pas été précédée d'une protestation faite et signifiée dans les vingt-quatre heures; ils n'ont pas le droit de se prévaloir de l'article 4 du Code civil, ils ne peuvent puiser leurs inspirations ni dans le droit naturel, ni dans le droit des gens, ils ne peuvent céder aux inspirations de l'équité.

Quant à l'arrêt de la Cour d'Aix du 12 mai 1857, il ne nous semble ici d'aucune autorité; dans l'espèce soumise aux magistrats, le capitaine avait disparu, son existence était incertaine; il était constaté d'un côté que le point de départ du délai fixé par nos articles ne pouvait être déter-

Digitized by Google

miné; d'un autre côté, que le nom du navire abordeur, celui de son capitaine et de ses armateurs étaient inconnus à l'origine, qu'ils n'avaient été signalés que par des articles de journaux et qu'il était nécessaire de s'enquérir de l'exactitude de ces renseignements avant d'intenter une action en justice. La difficulté portait, on le voit, non sur la durée du délai, qui est rigoureusement limité par la loi, mais sur la fixation du point de départ de ce délai, qui est abandonné à l'appréciation du juge chargé de déterminer le moment à partir duquel on a pu agir. L'arrêt de la Cour d'appel d'Aix ne donne donc aucun appui à la doctrine contraire; il n'est qu'une application des principes consacrés, suivant nous, par nos articles 435 et 436.

Cons. en ce sens : Sibille, *Jurispr. et doct. en matière d'abordage*, p. 147, n° 178; Dalloz, *Répert.*, v° DROIT MARITIME, n° 2293; Pardessus, *Droit commerc.*, t. III, p. 92, n° 654; Boulay-Paty, *Droit commerc. marit.*, t. IV, p. 608; Bédarride, *Du comm. marit.*, t. V, n° 2019.

Cf. A. Caumont, *Dict. de droit marit.*, v° ABORDAGE MARITIME, n°s 307 et suiv.

26. Dans tous les cas, dans quelque lieu que soit arrivé l'abordage, le délai ne courra qu'à partir du jour où le capitaine a pu agir; ainsi le veut le texte de la loi, quand l'événement s'est produit dans un lieu où le capitaine a pu agir, c'est-à-dire dans un port français ou étranger; ainsi le veulent les précédents historiques, le texte, la logique et l'équité, lorsqu'il est survenu en pleine mer. Les magistrats jouissent ici d'un pouvoir souverain et absolu d'appréciation. Ils doivent, en conséquence, tenir compte des dispositions prohibitives de la loi étrangère en vigueur dans le port où se trouvait ou dans lequel a relâché le navire abordé. Il pourrait se faire que celle-ci renfermât, en notre matière, une disposition analogue à celle de l'article 449 de notre Code de procédure civile relativement à l'appel des jugements rendus en premier ressort, et qu'elle interdît toute protestation dans les vingt-quatre heures, à peine de nullité. Nous ne croyons guère à la possibilité d'une semblable règle ; la loi donnerait plutôt une prime à la vigilance, parce qu'elle sauvegarderait bien mieux les intérêts du commerce maritime et répondrait d'une manière plus satisfaisante aux exigences d'une justice

Digitized by Google

éclairée. Mais si, par impossible, il existait une pareille loi, le délai de vingt-quatre heures ne courrait, par application de nos articles 435 et 436, qu'à partir du jour où le capitaine aurait recouvré sa liberté d'action.

Cons. en ce sens : Delvincourt, *Inst. de droit commerc.*, t. II, p. 281 ; Favard, *Répert.*, v° ABORDAGE, § 4 ; Pardessus, *Cours de droit commerc.*, t. III, n° 654 ; Boulay-Paty, *Droit maritime*, t. IV, p. 608 ; Bédarride, *Du comm. marit.*, t. V, n° 2021 ; Sibille, *Jurisp. et doct. en matière d'abordage*, n°s 177 et 178, p. 147 et suiv. ; Alauzet, *Comment. du Code de commerce*, t. V, n° 2378 ; Caumont, *Dict. de droit maritime*, v° ABORDAGE MARITIME, n°s 272 et suiv. et supplément, *eod. verbo*, n° 291.

Trib. de commerce de Nantes, 9 février 1859, D. P., 1859, V, 1 ; Poitiers, 14 janvier 1863, *Mathieu*, Sir., 1863, II, 111 ; Rouen, 27 avril 1871, *Launay et Quesnel*, Sir., 1871, II, 85 ; Rouen, 27 novembre 1876, *Amice*, *le Droit* du 18 avril 1877.

Cf. Aix, 12 mai 1857, Sir., 1857, II, 721, et Req. rej., 29 décembre 1857, *Durham*, Sir., 1858, I, 45.

27. Il est impossible de se dissimuler que ces solutions sont de nature à entraver nos rapports internationaux et à nuire à nos bonnes relations avec les peuples maritimes. M. de Courcy a fait ressortir ces dangers dans son livre sur la réforme internationale du droit maritime, et il a appelé l'attention sur un procédé de représailles dont usent les Anglais. Pour échapper à la sévérité de notre législation, ils ont imaginé une procédure dont le but est de permettre à leurs nationaux de porter leur demande devant les juges de leur nation. Le navire français qui a abordé un navire anglais et l'a soit coulé, soit endommagé, est signalé dans tous les ports de l'empire britannique ; si les hasards de la navigation le conduisent dans l'un de ces ports, il y est frappé de saisie et l'on contraint le capitaine à payer l'indemnité qu'il doit pour le dommage causé. En agissant ainsi, le juge anglais observe sa loi nationale, car si elle exige une protestation dans les vingt-quatre heures, elle n'en ordonne pas la signification immédiate à l'auteur de l'abordage et elle n'impose pas l'obligation d'introduire l'action en justice dans un délai de rigueur.

Cet inconvénient est inévitable dans tous les systèmes, il se produirait alors même qu'on se contenterait de soumettre les

Digitized by Google

intéressés à l'obligation d'agir avec diligence et d'intenter leur action dans un délai moral laissé à l'appréciation des magistrats. Il existerait fatalement des divergences, et si les tribunaux français se montraient plus rigoureux que les tribunaux étrangers, on aurait certainement recours aux mêmes procédés pour échapper à leur sévérité. Une réforme de nos lois serait donc impuissante à nous protéger contre de semblables représailles.

Il n'existe qu'un seul moyen de les éviter : ce serait d'établir par des traités ou des conventions internationales des règles uniformes pour limiter la durée des actions en dommages-intérêts à raison d'un abordage et pour déterminer leurs conditions de recevabilité. C'est à nos yeux l'unique remède contre d'aussi regrettables conflits.

28. Nous connaissons maintenant les cas dans lesquels les articles 435 et 436 de notre Code de commerce reçoivent leur application, nous savons que la protestation doit être faite et signifiée dans les vingt-quatre heures : enfin nous avons vu que ce délai courait à partir du moment où le capitaine a pu agir; il nous reste à rechercher comment il se calcule.

On est généralement d'accord pour décider qu'il doit être calculé d'heure à heure, *de momento ad momentum*, et non par jour, *de die ad diem*. Cependant M. Alauzet (*Comment. du Code de comm.*, 2e édit., t. V, n° 2377) propose la solution contraire et invoque en sa faveur la grande autorité d'Émérigon, qui se contentait d'une assignation donnée le lendemain de l'abordage (*Traité des assurances*, ch. XIX, sect. 16, § 2-4°). Mais cette opinion est restée isolée et avec raison; car la loi accorde un délai de vingt-quatre heures et non pas un délai d'un jour; pour se conformer à son texte, il faut donc calculer ce délai, non par jour civil d'un minuit à un autre minuit, mais par heure. C'est l'application littérale de la loi.

Cons. en ce sens : Marcadé, *De la prescription*, art. 2260 et 2261, n° 3; Troplong, *De la prescription*, n° 814, t. II, p. 336; Leroux de Bretagne, *Traité de la prescription*, n° 722, t. II, p. 3; Sibille, *Jurispr. et doct. en matière d'abordage*, n° 166, p. 141; Caumont, *Dict. de droit maritime*, v° ABORDAGE MARITIME, n° 263, et supplément, *eod. verbo*, n°s 288, 291 et 333.

Trib. de commerce d'Anvers, 29 janvier 1876, *Journ. d'An-*

Digitized by Google

vers, 1876, I, 127; trib. de commerce de Nantes, 12 décembre 1874, *Journ. de Nantes*, 1875, I, 11; Rennes, 6 décembre 1867, *Journ. de Nantes*, 1868, I, 212; trib. de commerce de Bordeaux, 29 décembre 1871, *comp. la Garonne*, Sir., 1875, I, 99.

29. Mais il peut arriver que dans ces vingt-quatre heures se trouve compris un jour férié, pendant lequel les huissiers ne peuvent pas instrumenter, à moins d'en obtenir l'autorisation du président du tribunal (art. 1037 C. pr. civ.). Faudra-t-il, dans le calcul du délai, tenir compte de ce jour de fête légale? Faudra-t-il en conséquence déclarer l'action en dommages-intérêts non recevable par cela seul qu'elle n'a pas été précédée d'une protestation faite et signifiée dans les vingt-quatre heures et quoique l'incidence de ce jour férié ait seule empêché l'accomplissement de ces formalités en temps utile? Sur cette question, les auteurs et la jurisprudence sont profondément divisés.

Les uns assimilent le jour férié à un jour ordinaire. Il leur suffit qu'il se soit écoulé plus de vingt-quatre heures sans protestation depuis le moment où le capitaine du navire abordé a pu agir, pour déclarer l'action en dommages-intérêts non recevable par application de notre article 436 (trib. de com. de Nantes, 26 juin 1869, Martin, Sir., 1870, II, 24).

Les autres, s'inspirant des nécessités de la pratique, proposent une distinction. D'après leur opinion, on devra rechercher si, en dehors de la nuit et du jour férié, le capitaine du navire abordé a eu ou non le temps d'agir. A-t-il joui d'un délai suffisant pour protester et pour signifier sa réclamation: le jour férié entrera en ligne de compte et son action en dommages-intérêts sera écartée par une fin de non-recevoir s'il s'est écoulé plus de vingt-quatre heures depuis le moment où il a pu agir; dans le cas contraire, le délai sera prorogé et l'on négligera le jour férié. Prenons un exemple pour faire ressortir d'une manière sensible la portée exacte de ce système. Supposons que l'abordage ait eu lieu dans un port un samedi à midi ou un dimanche à la même heure, on comprendra le jour férié dans la supputation du délai de vingt-quatre heures, parce que le capitaine a pu agir, suivant les cas, dans la soirée du samedi ou dans la matinée du

Digitized by Google

lundi. Si au contraire l'abordage s'était produit dans la soirée du samedi ou dans la nuit du samedi au dimanche, le jour férié n'entrerait pas dans le calcul du délai, parce que le capitaine a été dans l'impossibilité d'agir.

En ce sens : Sibille, *Jurispr. et doctr. en matière d'abordage*, n° 179, p. 150.

Trib. de commerce de Paimbœuf, 17 mai 1836, *Legal*, confirmé par arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 28 novembre 1836, rapporté par Sibille, *loc. cit.*

Cf. Rouen, 2 mars 1842, *Jeannin*, rapporté par Dalloz, qui l'approuve, *Répert.*, v° DROIT MARITIME, n° 2302.

Nous pensons au contraire, avec la majorité des auteurs et avec la jurisprudence la plus récente, que les jours fériés n'entrent jamais dans la supputation de notre délai de vingt-quatre heures. Vraie dans notre ancienne jurisprudence, cette opinion nous semble à plus forte raison exacte sous l'empire de nos lois.

Nous avons déjà dit et répété souvent que le législateur de 1807 avait consacré les principes de l'ordonnance de 1681, dont notre article 436 a reproduit les dispositions. Il est donc intéressant de savoir quelles règles étaient suivies à cet égard dans notre ancien droit.

Valin s'exprimait de la manière suivante en commentant l'article 8 du titre XII du livre Ier de l'ordonnance (édit. Bécane, p. 209) :

« Dans ce délai, quoique fatal, ne sera pas compris le jour « du dimanche qui s'y rencontrera, l'ordonnanee ne le di- « sant pas; de même de la fête chômée, la raison étant égale. « Sentence conforme de l'amirauté de Marseille du 17 dé- « cembre 1751. »

Émérigon, dans son *Traité des assurances* (ch. XIX, sect. XVI, § 2, n° 3, t. II, p. 335) enseigne la même doctrine :

« La prescription de vingt-quatre heures est-elle suspendue « par l'occurrence d'un jour de dimanche ou de fête?

« Les exploits et actes de justice ne peuvent être faits les « jours de fête, à moins qu'il n'y ait péril en la demeure : « *Si res tempore peritura sit, hoc est, si dilatio actionum sit* « *peremptura... Si actionis dies exiturus est*, disent les lois 1 « et 3, ff., *De feriis*. Telle est la doctrine générale. D'Argentré, « art. 1, gl. 2, n° 4; Brodeau, sur la coutume de Paris,

Digitized by Google

« art. 131, n° 3; Duplessis, *ibid.*, t. I, p. 282 et 298; Henrys, « t. II, liv. 4, quest. 134, p. 749; Bornier, Jousse et Rodier, « sur l'ordonnance de 1667, tit. II.

« Mais il faut distinguer : lorsque, pouvant agir un jour « utile, on a attendu le dernier jour, si ce dernier jour est « une fête et qu'on ne trouve pas d'huissier qui veuille ex- « ploiter, c'est tant pis pour celui qui n'a pas prévu ce qu'il « devait prévoir. La loi ne survient pas et ne se rend point « indulgente à celui qui s'est *laissé empresser* et tomber par « sa faute et négligence dans la nécessité et angustie du « temps : *Qui se arctavit*, comme dit la loi 2, paragraphe *Si « quis tamen*, ff., *Si quis cautio*. C'est ainsi que parle Brodeau « en l'endroit cité.

« S'il s'agit d'une prescription de courte durée, qui tombe « en entier ou presque en entier dans des jours de fête, la « raison de la loi cesse, et l'on se trouve au cas de la règle, « *non valenti agere, non currit præscriptio.*

« Robert, *Rer. judic.*, liv. IV, ch. xv, rapporte un arrêt « qui décide que la prescription de vingt-quatre heures, « établie par la coutume de Paris en matière de retrait li- « gnager, avait été suspendue pendant le temps qu'on faisait « la procession de sainte Geneviève.

« Le 7 décembre 1751, un navire ancré dans le port de « Marseille fut abordé par le vaisseau l'*Espérance*, capitaine « Icard. La requête présentée par le plaignant fut décrétée « le soir du même jour : on ne trouva aucun huissier pour « l'exploiter; le lendemain était la fête de la Conception; « le 9, la requête fût signifiée. Le capitaine Icard excipait « du laps de vingt-quatre heures, il disait que l'exploit aurait « dû et pu être fait le jour même de la fête à cause de l'ur- « gence du cas. Mais d'après les principes que je viens d'é- « tablir, son exception fut rejetée par sentence du 17 du « même mois, et l'action fut admise. »

Cette décision est d'autant plus notable que, dans notre ancienne jurisprudence, les exploits pouvaient, en cas de nécessité, être signifiés un jour de dimanche ou de fête légale. Pothier dit à ce sujet (*Traité de la procédure civile*, n° 17, édit. Bugnet, t. X, p. 11) : « Ils (les exploits) ne doivent pas « non plus être faits les jours des dimanches et des fêtes fê- « tées par le peuple, *si ce n'est en cas de nécessité*, lorsque le

Digitized by Google

« temps dans lequel la demande doit être intentée expire, « sinon l'exploit de demande doit être déclaré nul. » C'était bien en matière d'abordage, alors que la demande devait, aux termes de l'ordonnance, être formée dans les vingt-quatre heures, que l'on avait le droit de se prévaloir de l'exception admise dans la pratique et de faire, même un jour férié, les significations prescrites à peine de déchéance. Dès lors il n'y avait pas de motifs pour suspendre le cours du délai pendant ce jour, puisqu'on pouvait agir. On avait cependant admis cette prorogation, Valin et Émérigon en témoignent également. Or, s'il en était ainsi dans notre ancienne jurisprudence, à combien plus forte raison doit-il en être de même aujourd'hui qu'un texte formel interdit toute signification les jours fériés !

On objectera peut-être que ces actes pourront être accomplis même un jour férié pourvu qu'on obtienne une permission du juge, qui était également exigée dans notre ancienne jurisprudence, aux termes d'un acte de notoriété du Châtelet du 5 mai 1703. Or, une semblable autorisation ne sera jamais refusée dans les hypothèses où, comme dans la nôtre, il y a péril en la demeure. De cette observation on pourrait être tenté de conclure que le capitaine du navire abordé a eu la faculté d'agir et que notre délai de vingt-quatre heures doit courir contre lui, en vertu de ces articles 435 et 436.

Nous répondrons d'un mot que le législateur n'a pas pu vouloir subordonner la recevabilité de l'action en dommages-intérêts à une autorisation qui, du moment où elle doit être sollicitée, peut être refusée. Ce qu'il a entendu faire, c'est accorder vingt-quatre heures *utiles*, suivant l'expression que nous relevons dans un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation. Ses intentions ne seraient pas remplies si l'utilité du délai dépendait de la volonté du juge. Donc les jours fériés ne doivent pas être compris dans cette supputation.

Les principes généraux de notre droit favorisent en outre cette solution. Il est certain que les jours fériés sont généralement compris dans les délais qui se calculent par années, par mois ou par jours; mais il en est autrement de ceux qui se calculent par heures. Le délai serait incomplet, si l'on y

Digitized by Google

comprenait le jour férié. La déchéance édictée par nos articles est assez rigoureuee par elle-même pour qu'on ne l'aggrave pas encore en supprimant une partie des délais.

Cette solution est corroborée par l'article 162 du Code de commerce en matière de lettre de change. Je crois juste et raisonnable de suivre la même règle en notre matière, puisqu'il y a identité de motifs.

Enfin cette opinion ne me semble pas sérieusement contestable, depuis que le nouvel article 1033 du Code de procédure civile, édicté par la loi du 3 mai 1862, a décidé que, si le dernier jour est un jour férié, le délai pour les ajournements, citations, sommations et autres actes faits à personne ou à domicile sera prorogé au lendemain, et a ainsi, suivant les expressions du rapporteur, M. Josseau, généralisé la règle de l'article 162 du Code de commerce. S'il en est ainsi pour les délais qui se calculent par jours, à plus forte raison l'incidence d'un jour férié doit-elle avoir pour résultat de proroger un délai qui se calcule par heures.

Je considère donc comme certain que dans le calcul du délai de vingt-quatre heures accordé par nos articles pour protester et signifier la réclamation, on doit négliger les jours fériés.

Cons. en ce sens : Boulay-Paty, *Droit commerc.*, t. IV, p. 609; Dageville, *Code de commerce expliqué*, t. IV, p. 224; Caumont, *Dict. de droit marit.*, 2e édit., v° ABORDAGE MARITIME, n°s 285 et suiv., et suppl., *eod. verbo*, n°s 288 et 291.

Cf. Boulay-Paty, sur le *Traité des assurances d'Émérigon*, t. II, p. 339; Bédarride, *Du commerc. marit.*, t. V, n° 2023.

Aix, 24 novembre 1852, *Dodéro*, D. P., 1854, V, 66; Req. rej., 17 novembre 1858, *Audouy*, Sir., 1859, I, 728; trib. de commerce d'Anvers, 24 mai 1867, cité par Caumont, *loc. sup. dict.*; trib. de commerce de Marseille, 21 mars 1865, *Fattorini*, D. P., 1870, V, 4; trib. de commerce de Saïgon, 28 octobre 1869, sur appel, Cour de Saïgon, 3 décembre 1869, et sur pourvoi, Req. rej., 20 novembre 1871, *Messageries nationales*, Sir., 1871, I, 183; Aix, 12 juillet 1871, *Zereick*, Sir., 1872, II, 23.

30. Cette solution étant admise, une nouvelle difficulté surgira si l'abordage a eu lieu dans un port étranger, ou si l'événement s'étant accompli en pleine mer, le capitaine

Digitized by Google

du navire abordé et avarié ou détruit par le choc touche ou débarque dans un port étranger. Il peut alors se produire un conflit entre plusieurs législations relativement à la fixation des jours fériés. Quelle législation nous servira de règle pour décider quels jours sont fériés? Faut-il s'attacher à la loi nationale de l'auteur de l'abordage et en suivre les dispositions? Faut-il s'en tenir à la loi nationale et à la religion du capitaine du navire abordé? Faut-il, au contraire, prendre exclusivement en considération la loi et la religion du pays dans lequel la protestation a été faite et signifiée?

Prenons un exemple pour poser d'une manière plus claire la question que nous voulons examiner. Un abordage a eu lieu dans un port étranger par la faute du capitaine d'un navire français, le 1er d'un mois quelconque, à midi. L'action en dommages-intérêts est portée devant un tribunal français, conformément à l'article 15 de notre Code civil. Une protestation faite et signifiée dans les vingt-quatre heures est la condition *sine qua non* de la recevabilité de la demande. Le délai devrait expirer le 2, à midi, mais le 2 est, nous le supposons, un dimanche, c'est-à-dire un jour férié, d'après la loi nationale du capitaine du navire abordeur; nous supposons en outre que c'est un jour de fête légale d'après la loi nationale du capitaine du navire abordé; cependant ce n'est pas un jour férié d'après la loi en vigueur dans le lieu où doit être faite et notifiée la réclamation. Le délai sera-t-il prorogé jusqu'au 3, à midi?

Bien que la question me paraisse très-délicate, je penche vers la négative et je proposerais de décider qu'il faut s'attacher d'une manière exclusive à la législation en vigueur dans le lieu où a été faite et signifiée la protestation. A quelque point de vue que je me place, au point de vue des textes ou au point de vue des principes, cette solution s'impose également à mon esprit.

Examinons d'abord les textes. Il résulte des articles 435 et 436 de notre Code de commerce, que le délai de vingt-quatre heures dont ils parlent ne commence à courir qu'à partir du moment où le capitaine du navire abordé a pu agir. Or, lorsque le jour auquel il relâche dans un port est férié d'après la loi de la nation à laquelle ce port appartient, nul fonctionnaire n'est là pour recevoir sa protestation,

Digitized by Google

nul officier ministériel ne peut instrumenter valablement ni signifier sa réclamation à l'auteur de l'abordage. Le capitaine du navire abordé a donc été dans l'impossibilité d'agir; le délai de vingt-quatre heures n'a pas pu courir et la déchéance prononcée par notre article 436 ne saurait l'atteindre non plus que ceux qu'il représente. Il n'y a lieu, pour résoudre cette question, de tenir compte ni de la loi nationale du capitaine abordé, ni de la loi nationale du capitaine abordeur. Si nous supposons maintenant l'hypothèse inverse, si ce jour n'est pas férié d'après la loi en vigueur dans le port où a eu lieu l'accident, ou dans lequel le capitaine relâche après l'accident, celui-ci a pu agir, il a pu satisfaire aux prescriptions de la loi, le délai a dû courir et la faute ou la négligence commise doit entraîner l'application de l'article 436 de notre Code de commerce. Qu'importe, après cela, que ce jour soit ou non férié d'après la loi nationale de l'auteur ou de la victime de l'abordage? La loi se pose une seule question : Le capitaine du navire abordé a-t-il pu, oui ou non, protester et faire signifier sa réclamation? S'il a eu la possibilité d'accomplir ces formalités, le délai a couru; s'il n'a pas pu le faire, le délai est suspendu. Or, c'est dans le port où s'est produit l'accident, ou dans le port qu'il touche après l'abordage qu'il doit faire toutes diligences et satisfaire aux prescriptions de notre Code. Donc c'est par la loi en vigueur dans ce lieu que la question doit être résolue.

Si nous étudions ensuite cette difficulté en nous plaçant au point de vue des principes généraux, ce nouvel examen ne peut que nous confirmer dans notre opinion, car il nous montre la vérité des conséquences que nous avons déduites des textes de notre Code. En effet, il ne suffit pas, pour la recevabilité de l'action en dommages-intérêts à raison d'un abordage, qu'une protestation ait été faite dans les vingt-quatre heures, il faut en outre qu'elle ait été signifiée et que cette signification ait eu lieu dans le même délai. Pour sauvegarder les droits de la victime de cet événement, il est donc indispensable que la notification de la réclamation soit valable, indépendamment des autres conditions requises par la loi. Cette signification est un acte de procédure accompli en pays étranger, qui doit, à ce titre, être régi par la loi en

Digitized by Google

vigueur dans le lieu où il est fait, en vertu de la maxime : *Locus regit actum*. Or, sa validité dépend non-seulement de la qualité de l'officier ministériel duquel il émane et de l'observation des formalités instrumentaires qui lui sont imposées, mais encore de la régularité de la signification à personne ou à domicile, quant au temps dans lequel elle est faite. Donc, puisque d'une part cette signification, pour être efficace et pour conserver au propriétaire du navire abordé son recours en dommages-intérêts contre l'auteur de l'abordage et ses commettants, doit être valable, et puisque, d'autre part, sa validité est régie par la loi du lieu ou elle est faite, en vertu de la règle : *Locus regit actum*, nous sommes autorisé à conclure que cette législation doit nous servir, à l'exclusion de toute autre, pour décider quels jours sont fériés.

Tels sont les motifs qui nous portent à proposer cette solution, d'une difficulté très-grave, que nul auteur, à notre connaissance, n'a examinée et que nul tribunal n'a expressément résolue.

Cf. A. Caumont, *Dict. de droit marit.*, suppl., v° ABORDAGE MARITIME, n°s 280 et suiv.

Cf. Aix, 12 juillet 1871, *Zereick*, Sir., 1872, II, 23. Par cet arrêt la Cour d'appel d'Aix a décidé, conformément à notre opinion, qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de la loi nationale de l'auteur de l'abordage; mais elle ne dit pas si l'on doit s'attacher à la loi nationale du capitaine du navire abordé ou à la loi en vigueur dans le lieu où est faite et signifiée la protestation, parce que dans l'espèce qui lui était soumise, le jour auquel expirait le délai de vingt-quatre heures n'était férié ni d'après l'une ni d'après l'autre de ces législations et que par suite il n'y avait aucune nécessité de se prononcer théoriquement à cet égard. P. DELOYNES.

Digitized by Google

DE L'INTERPRÉTATION DES VOLONTÉS

DANS LE CODE CIVIL.

Par M. Georges APPERT, docteur en droit.

On est d'accord aujourd'hui pour assigner au législateur, à la doctrine et à la jurisprudence, des rôles différents. Le législateur, soit qu'il interprète les volontés ou qu'il commande, doit, bien que sous une forme concrète, se maintenir dans la sphère des règles générales. La doctrine, sans même parler de son rôle de critique rationnelle, classe, définit, enfin analyse ces règles concrètes pour en dégager les principes abstraits et pouvoir en opérer ensuite la synthèse méthodique. La jurisprudence, soit qu'elle accepte cette synthèse, soit qu'elle se fasse son interprétation propre de la loi, descend de ces régions dans l'infinie variété des espèces.

Qu'on nous permette une comparaison. Plus d'une, parmi ces vieilles églises gothiques, que nous ont léguées nos pères comme le témoignage le plus original de notre art français, fut construite à l'aide des dons et legs de fidèles généreux. Qu'indiquait le bienfaiteur? Le but, l'étendue et les proportions de l'édifice, quelquefois le style et les scènes à représenter dans la décoration. L'architecte étudiait et analysait ces ordres, les coordonnait et partait de là pour ses plans. Puis il répartissait l'exécution du travail entre les peintres, sculpteurs et nombreux ouvriers de toute sorte qui voulaient concourir à l'œuvre commune. Il expliquait à chacun ce qu'on attendait de lui, sans lui ôter, dans les limites de sa tâche, la part d'initiative nécessaire. Si le donateur s'était avisé d'exiger telle largeur pour les portes, telle épaisseur pour les murs, s'il avait prescrit le nombre des colonnes et des fenêtres, la nature des figures à sculpter pour chaque portail, etc..., l'œuvre eût été impossible, ou du moins eût manqué de l'unité nécessaire à sa grandeur.

Nous n'avons plus à craindre aujourd'hui que le jurisconsulte ou le magistrat n'empiète sur le rôle réservé au législateur. La Cour suprême elle-même ne fait plus d'arrêts de règlement. Mais à l'inverse les rédacteurs du Code civil se

Digitized by Google

sont-ils toujours cantonnés rigoureusement sur le terrain qui leur était propre? On peut regretter, croyons-nous, qu'ils aient abordé trop souvent les définitions (art. 516, 533 s., 739, etc.), les classifications (art. 517 s., 527 s., 639 s.) et surtout les décisions d'espèces.

La meilleure loi, a-t-on dit, serait celle qui ne laisserait aucune latitude au magistrat, de telle sorte que son travail devînt purement matériel et comme mécanique. Si l'on veut dire par là que les principes législatifs doivent être parfaitement clairs et ne jamais se contredire, rien de mieux. Mais conduite au delà, l'idée nous parait trop absolue, surtout en droit civil, et lorsqu'il s'agit simplement d'interpréter la volonté des parties. Non, le législateur, quoi qu'il fasse, ne peut tirer de ses principes généraux toutes les applications possibles. Cette besogne ne peut être bien faite que par le magistrat. Lui seul, ayant dans la main tous les éléments de chaque espèce pratique, peut aller chercher dans l'arsenal des règles générales celle dont il convient de faire usage; lui seul surtout peut les combiner, et cela d'autant plus aisément qu'elles sont plus nettes et plus harmonieuses.

En oubliant parfois cette distinction, les rédacteurs du Code ont créé, comme on le verra, des difficultés presque inextricables à la doctrine et à la jurisprudence.

Nous nous proposons de rechercher :

1° Dans quelle mesure le législateur devait s'occuper de l'interprétation des volontés;

2° Comment il a été amené à faire l'œuvre de la doctrine ou de la pratique;

3° Enfin, quels principes doivent être suivis pour la solution des difficultés auxquelles a donné lieu cette interversion des rôles.

I

En nous restreignant même aux articles qui se refèrent à l'interprétation des volontés, une distinction est nécessaire.

Quelquefois le Code trace au juge des prescriptions dont il doit constamment s'inspirer, quel que soit le contrat ou le legs porté devant lui. Tels sont : l'article 1134, ordonnant de faire exécuter les conventions avec bonne foi ; l'article 1135, lequel recommande de se référer aux usages ; tels sont les articles placés dans la section sur l'interprétation des conven-

Digitized by Google

tions (art. 1156-1164). Ici le législateur est absolument dans son rôle. Au fond, il est impératif : seulement ses ordres s'adressent au juge seul. Si ses principes sont nécessairement un peu vagues et ressemblent plus à des conseils qu'à des lois, s'il laisse au magistrat une certaine latitude pour les combiner et choisir entre eux, du moins il n'a pas à craindre de se heurter à des impossibilités ou à des volontés certainement contraires.

Quittant ces régions élevées où il est souverain, le législateur est descendu dans le détail, lorsqu'il a réglementé minutieusement les legs et les principaux contrats. Tantôt, comme à propos des contrats de mariage, il a essayé de combler les lacunes forcément laissées par les parties dans leurs dispositions. Celles-ci ne pouvaient tout prévoir : il a suppléé à leur silence. Tantôt il leur a facilité l'expression de leur pensée en enfermant dans un seul mot toute une théorie. C'est ainsi que celui qui déclare *vendre* un immeuble s'approprie par ce seul mot les dispositions législatives sur la vente. Il se soumet, par exemple, implicitement à l'obligation de garantie, et, en revanche, se réserve de faire résoudre la vente si le prix n'est pas payé. Bref le législateur épargnait ainsi aux parties le soin d'énumérer en détail les conséquences qu'elles entendaient tirer de leurs actes. Ce terrain était semé d'obstacles. Si les conséquences des erreurs possibles se trouvaient restreintes à une matière particulière, en revanche le législateur ici n'était plus tout-puissant. Les parties pouvaient écarter ses dispositions. D'autre part — et c'était là le danger — il pouvait tirer de leur silence et par là leur imposer indirectement des solutions contraires aux coutumes reçues dès longtemps et par suite à leur pensée intime. Le juge pouvait se trouver pris entre la loi et les volontés probables des particuliers. Une extrême prudence était nécessaire. Sous cette réserve, ces dispositions sont encore justifiées par leur utilité. On ne pouvait guère obliger les parties pour chaque contrat ou legs à détailler leurs intentions, ni d'autre part revenir à la diversité infinie des coutumes locales.

Mais les rédacteurs du Code sont allés plus loin encore. Ils ont parfois pénétré dans les menus détails, et ont envisagé, non plus tel ou tel genre de contrats, mais des hypothèses déterminées. Ils ont pris à partie certaines expressions

Digitized by Google

plus ou moins obscures employées dans les actes juridiques, et, pour trancher toute difficulté, leur ont attribué un sens spécial. Ils ont dit au juge : « Voilà ce que signifie tel mot. A moins que les parties n'aient formellement écarté cette signification, il faut la regarder comme certaine. » Le législateur nous semble avoir ici usurpé le rôle des jurisconsultes, des tribunaux, voire même des grammairiens.

Les exemples viendront plus loin[1].

II

Notre législateur nous semble avoir subi, dans ces écarts, l'influence du droit romain et de notre ancien droit, et s'être mal rendu compte de la différence apportée entre les époques par les principes nouveaux sur la séparation des pouvoirs.

La loi des Douze Tables et toutes les anciennes lois de Rome rendues dans les comices ne contiennent rien d'analogue. La législation ordonne : les *prudentes* et le magistrat interprètent lois et conventions.

On sait comment les préteurs, puis les empereurs se trouvèrent conduits à cumuler les fonctions judiciaires et législatives, à faire et à interpréter la loi. Telle Constitution impériale (édits) formule une disposition impérative pour tous; telle autre (rescrits ou décrets) tranche une espèce ou trace certaines règles au juge. Cette regrettable confusion des pouvoirs allait être exagérée et produire ses conséquences extrêmes sous Justinien. Cet empereur jugea à propos de placer dans ses compilations, non-seulement les Constitutions de ses prédécesseurs (*Code*), mais encore les écrits des jurisconsultes. Or on sait que ceux-ci donnaient rarement la formule abstraite des principes : ils préféraient exposer et résoudre des espèces. De là cette œuvre (nous parlons du Digeste) si admirable dans le détail, si pleine d'antimonies et si faible comme conception d'ensemble, amas informe et souvent contradictoire de matériaux qui décèlent le génie de jurisconsultes qu'on n'a pas surpassés.

[1] Ceux que nous avons indiqués portent sur les articles 1589, 536 et suiv. On peut en indiquer bien d'autres qui, comme solutions particulières, sont mieux ou même tout à fait à l'abri de la critique (ex. : art. 1629), en ce sens que les rédacteurs du Code ont eu le sentiment exact de la volonté probable des parties.

Digitized by Google

Les lois des Barbares, après les invasions, rappellent par la forme les vieilles lois romaines. Le rédacteur paraît avare de ses paroles. Il est net et surtout impérieux.

On sait comment, au moyen âge, les lois d'abord *personnelles*, c'est-à-dire différentes suivant l'origine des individus, devinrent territoriales, c'est-à-dire s'appliquèrent à tous ceux qui habitaient un même pays. Le premier système eût nécessité la connaissance approfondie de plusieurs législations. Les progrès de l'ignorance et la difficulté des communications firent que chaque tribunal se créa, pour chaque espèce, sa jurisprudence propre et l'appliqua à tous sans s'inquiéter de la nationalité des plaideurs. Ces traditions constituèrent la loi. Un jour vint où, consignées par écrit, elles formèrent les *coutumes*. On devine que celles-ci devaient être tantôt impératives, tantôt interprétatives des volontés, comme sont les décisions des tribunaux. Cependant nous n'y retrouvons plus cet amas de solutions particulières et de définitions théoriques que renferment les œuvres de Justinien.

La Révolution posa, pour la première fois, en principe, la séparation absolue des pouvoirs judiciaire et législatif. Mais les rédacteurs du Code civil, obligés de s'inspirer du droit romain et des coutumes, en suivirent trop fidèlement les procédés[1].

Certes il ne s'agissait pas de revenir aux formes sèches et raides de la loi salique ou de la loi des Douzes Tables. Nous admettons parfaitement les préceptes généraux destinés à guider le juge, et même, bien qu'avec de doutes[2], les dispo-

[1] Voyez la note suivante, laquelle prouve qu'ils sont même allés dans cette voie plus loin que les coutumes.

[2] On conçoit très-bien, surtout avec le principe de la division des pouvoirs, un système de législation, dans lequel le législateur se bornerait aux dispositions impératives. On doit même reconnaître que les anciennes coutumes et surtout les ordonnances laissaient, quant à l'interprétation des volontés, plus de latitude aux auteurs et à la jurisprudence, que n'a fait le législateur de 1804. La preuve en est dans les nombreux articles empruntés aux ouvrages de Pothier. Le système dont nous parlons, s'il a l'inconvénient de fixer moins rigoureusement les principes, offre le grand avantage d'être plus souple et de mieux se plier aux exigences et aux changements de la pratique. Un excellent article de M. Haumont (*Revue crit.*, 1877, p. 492) met en saillie, pour la matière de l'ameublissement, les inconvénients de la méthode employée par les rédacteurs du Code. Ils ont voulu à la fois définir, classer et donner une solution dans une hypothèse après tout fort rare, et ils se sont inspirés de Pothier qu'ils n'ont pas compris (art. 1505-1508).

Digitized by Google

sitions interprétatives, mais c'est à la condition que celles-ci ne descendent pas aux détails et restent dans la mesure large que nous avons indiquée[1].

III

Abordons enfin les difficultés que peuvent faire naître les dispositions trop spéciales sur l'interprétation des actes juridiques.

Lorsque le législateur se trouve avoir saisi justement l'intention au moins la plus probable des parties, le reproche à lui adresser n'est guère que théorique[2]. Mais — et nous arrivons ici à la question pratique — que faire s'il s'est trompé sur le sens des paroles employées ?

Si l'on peut découvrir dans la contexture de l'acte un détail qui prouve que les parties ont voulu déroger à la loi, aucune difficulté : celle-ci est écartée. Mais on peut ne trouver rien de semblable ; les parties peuvent s'être bornées aux expressions du Code, soit par ignorance, soit par oubli de la loi.

Fournissons tout de suite un exemple. On trouve dans un testament ces seuls mots : « Je lègue mes *meubles* à.... » ou : « Je lègue mes *effets mobiliers* à... ». Appliquera-t-on les articles 533 et 535 ? Mais neuf fois sur dix, le testateur, à moins qu'il n'ait eu sous les yeux le Code au moment où il réglait ainsi la dévolution de ses biens, aura eu en vue tout autre chose que ne suppose la loi. Aussi est-il reçu par la majorité des auteurs que ces articles doivent être absolument mis de côté[3]. Mais ce cas est à peu près le seul où les interprètes osent procéder aussi nettement. Pour notre part, nous comprenons mal qu'on se refuse à éliminer de même tous les articles analogues.

[1] Si l'on entre dans la voie de l'interprétation, il y aura toujours, quant à la question de savoir où il faut s'arrêter, un problème fort délicat, qu'il nous paraît impossible de résoudre par une formule précise et complète. D'ailleurs, en supposant même un Code parfait, il n'échapperait pas absolument, croyons-nous, aux inconvénients qui ont été et qui vont être exposés.

[2] Encore le langage et les usages peuvent-ils changer et rendre inexacte un jour la disposition exacte aujourd'hui.

[3] Voyez MM. Aubry et Rau, § 164 *bis*, et les autorités citées dans la note 7 (4e édit.) : « L'essai tenté par les rédacteurs du Code de couper court à toutes ultérieures difficultés n'a point été heureux et ne pouvait guère l'être, puisque de pareilles contestations ne sont pas susceptibles d'être décidées *à priori*, au moyen de définitions légales. »

Digitized by Google

Commençons par formuler et justifier notre système, pour ensuite passer aux applications pratiques.

Nous estimons que le magistrat, placé en face d'une disposition légale, purement interprétative, doit la mettre absolument de côté, dès qu'elle est en désaccord manifeste avec la pensée des parties, à prendre leurs expressions avec le sens qu'elles ont habituellement dans la langue.

Voici nos arguments :

1° Dans la matière des contrats et des legs, il est incontestable et incontesté (art. 967, 1134) que le législateur désire voir appliquer la volonté de ceux qui ont fait l'acte. Voilà donc, en supposant une erreur du Code sur un point particulier d'interprétation, le magistrat tenu de choisir entre deux partis : l'application du texte général et celle du texte spécial. S'il suit l'un, il violera nécessairement l'autre : impossible de sortir de là. Dira-t-on que l'application de la règle spéciale s'impose, lorsqu'elle déroge à un principe général? Soit : mais pour qu'il en soit ainsi, il faut tout au moins que la loi ait entendu déroger à ce principe. Or ici c'est tout le contraire : elle a voulu l'appliquer ; seulement elle s'est trompée. Les deux articles ne pouvant être conservés à la fois, mieux vaut écarter celui qui constitue une erreur, et consacrer, selon le désir de la loi elle-même, la volonté des particuliers.

2° Il existe dans les textes du Code mainte erreur partielle de forme ou de fond, que personne ne se fait scrupule de corriger au nom du bon sens et des principes généraux[1].

Nous ne faisons que demander un droit de correction analogue, avec cette différence, qu'au lieu d'invoquer seulement les textes et les principes généraux, l'interprète, fort des articles 967 et 1134, devra rechercher les usages et toutes les circonstances particulières même en dehors de l'acte par lui examiné.

3° La doctrine contraire peut aboutir à des impossibilités

[1] Citons comme exemples :

L'article 187, dans lequel on supprime les mots : « Du vivant des deux époux » ;

L'article 408, où les « veuves d'ascendants » sont remplacées par les « ascendantes veuves » ;

L'article 922, dans lequel on change l'ordre des opérations indiquées ;

Toute la théorie des servitudes légales ou naturelles que la doctrine a dû refondre complétement ;

Les articles 1403, 1424, 1507, etc., pour des erreurs d'expressions.

Digitized by Google

absolues où à des non-sens. Supposons par impossible une erreur criante, énorme dans la loi. Si, par exemple, elle avait dit : « Quand les parties déclareront aliéner un bien, sans rien ajouter, on verra là un louage » ou : « La donation faite à une personne est censée faite à ses frères et sœurs », qui donc oserait appliquer ces dispositions à la lettre, même se trouvant en face d'un contrat qui ne contiendrait que les mots visés par la loi ? Le principe : *Dura lex, sed lex*, n'a rien à faire ici, puisque le législateur interprète et ne commande pas. Qu'on ne dise pas que le Code ne contient rien qui présente ce caractère d'absurdité. Par cela même on s'arroge le droit de juger la loi. Il faut être logique : l'accepter toujours telle qu'elle est ou ne l'accepter, dans ses dispositions interprétatives, que sous bénéfice d'inventaire.

4° Une expression peut changer de sens avec te temps. Supposons (hypothèse très-légitime) que le Code de 1804 soit encore en vigueur dans cent ou deux cents ans. Si la langue usuelle continue à se modifier comme elle a fait jusqu'ici, tel article interprétatif, exact en 1804, pourra s'écarter très-sensiblement de la volonté des parties, constituer un contre-sens complet. Les pouvoirs du législateur expirent là où commence la grammaire ; on ne légifère pas sur le sens des mots.

Nous pouvons également supposer une annexion de pays, dans lesquels une expression usuelle n'aurait pas le sens que lui donne notre Code civil. Et, sans chercher si loin, même de nos jours, la langue varie avec les provinces.

5° Enfin, contre tous ceux qui écartent les articles 533 et suivants nous invoquons un argument spécial. Ils sont tenus d'être conséquents : une concession sur un point entraîne la reconnaissance de notre théorie, sauf à examiner pour chaque cas particulier si le législateur à bien ou mal accompli son œuvre.

Essayons d'écarter deux objections qui peuvent se présenter à l'esprit :

1° Jusqu'à preuve contraire, nous dira-t-on, le juge doit et peut légitimement croire que l'auteur de l'acte qui lui est soumis a connu le sens que la loi attribue à ses expressions, « *Nul n'est censé ignorer la loi.* » S'il n'a pas écarté l'interprétation légale, c'est qu'il a voulu l'accepter.

Le principe : « *Nul n'est censé...* » peut être fort utile dans

Digitized by Google

les matières réglées impérativement et par exemple en droit pénal. Mais l'appliquer au delà, c'est dépasser le but de ceux qui l'ont édicté. Ils ont voulu que personne ne pût, sous prétexte d'ignorance, échapper facilement aux prescriptions gênantes. Mais ici le principe de la liberté domine tout et celui qu'on invoque n'est écrit nulle part. Il n'y a pas à balancer entre les deux. Nous avons à peine besoin de dire qu'il serait le plus souvent en contradiction avec la réalité. Comment supposer qu'un paysan sans instruction aura, dans son testament par exemple, oublié les coutumes et la langue de son village, pour se conformer à un article de loi qu'il n'a probablement jamais eu sous les yeux?

2° Un pareil système, va-t-on nous dire, jettera le doute sur une foule de matières. Voilà le magistrat régulièrement investi du droit de critiquer et corriger l'œuvre du législateur. La diversité infinie des solutions va remplacer l'unité. Tel acte sera compris en Bretagne autrement qu'il ne le serait en Bourgogne.

A vrai dire, cette diversité ne nous déplait pas[1] : elle est précisément conforme à la vérité des faits. Les règles et les définitions invariables *à priori* ne conviennent pas ici : la langue et les usages changent selon les pays et les conditions sociales.

Quant à cette grande incertitude qu'on redoute d'introduire dans la loi, c'est un danger imaginaire. Après tout, le nombre des erreurs est relativement restreint, comparé au nombre total des articles interprétatifs. La jurisprudence aura bien vite déterminé ceux qu'elle accepte et l'inconvénient pratique sera écarté. Elle réglait déja, sous nos anciennes coutumes, une foule de difficultés que le Code a cru devoir trancher lui-même. D'ailleurs les avantages pratiques d'une théorie (et celle que nous repoussons n'en a guère) ne suffit pas pour qu'on doive l'adopter.

IV

Notre théorie ainsi exposée et justifiée, descendons aux applications[2].

[1] Il est bien entendu que notre système n'a aucune application à tout ce qui revêt dans la loi une forme impérative.

[2] On ne doit pas oublier qu'elle est indépendante des idées que nous allons présenter à propos de certains articles. On peut rejeter celles-ci sans atteindre celle-là.

Digitized by Google

I. L'article 1589 s'exprime ainsi : « La promesse de vente vaut vente. » Qu'ont voulu dire les rédacteurs du Code ? A notre avis il est impossible de comprendre cette énigme, si l'on ne se reporte aux précédents [1].

En droit romain, la vente ne produisait que des obligations. Pour arriver à la translation de la propriété, but définitif des parties, il fallait ou bien accomplir certaines solennités (*cessio in jure*, *mancipatio*), ou opérer la remise matérielle de l'objet (*traditio*). Les Romains trouvaient, dans ces formalités, le double avantage de donner à l'acte une certaine publicité et d'écarter toute incertitude sur les intentions. La besogne du juge (simple particulier) devenait facile. En revanche, on gênait par là les parties, qui ne réussissaient pas toujours à faire entrer leurs volontés dans ces moules étroits et rigides. Mais quand les transactions devinrent plus nombreuses et les juges plus instruits, la *mancipatio* et la *cessio in jure* disparurent. La *traditio* elle-même s'assouplit et se raréfia, pour ainsi dire, si bien qu'on put transférer la propriété, même des immeubles, sans aucun acte matériel, au moyen du *constitut possessoire* par exemple.

Notre ancien droit marcha plus avant encore dans cette voie. On put opérer la tradition (et ce devint un usage) par une simple clause insérée dans les actes et portant que le vendeur se dessaisinait pour ensaisiner et vêtir l'acheteur.

Avec grande raison les rédacteurs du Code abolirent ce fantôme de tradition, inutile débris d'idées vieillies, et déclarèrent que la convention suffirait à transférer la propriété (art. 1138). Il est, dans la matière des contrats, peu d'innovations aussi rationnelles. Qu'ils aient parfaitement saisi ou non l'étendue de celle-ci, peu importe. Nous les voyons la reproduire à plusieurs reprises (art. 938, 1138, 1183, 2181) et essayer d'en tirer eux-mêmes les conséquences. Leur tentative ne fut pas heureuse. Du moment, se dirent-ils, que la vente, à elle seule, a pour effet aujourd'hui de transmettre la propriété, il devient absurde de vendre la chose d'autrui. D'où l'article 1599 [2].

[1] Nous nous sommes permis d'y insister un peu parce qu'ils fournissent la clef de plusieurs autres articles.

[2] Si tel ne fut pas le raisonnement de tous les jurisconsultes qui travaillèrent à la rédaction du Code, ce fut du moins celui de quelques-uns. Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter aux travaux préparatoires.

Digitized by Google

De cette conception sortit aussi notre article 1589. Le consentement suffisant à transférer la propriété, on pensa que dès qu'il y aurait promesse des deux cotés, objet et prix déterminés, on aurait une vente véritable avec tous ses effets[1]. M. Guillouard, se conformant à la pensée des rédacteurs, en conclut: 1° que si les parties conviennent d'annuler leur promesse, il y aura entre elles un nouveau contrat de vente, une *rétrocession*, avec tous les effets qui y sont attachés; 2° que si la chose périt on se détériore depuis le jour de la promesse, c'est pour le compte de l'acheteur. Rien de plus exact si l'on conserve l'article 1589. Mais pour nous, nous préférons le mettre absolument de côté[2]. Il nous paraît impossible que deux personnes raisonnables, en usant de ces singulières expressions : « Je promets d'acheter tel objet pour tel prix — Je promets de vous le vendre pour ce prix », aient entendu faire une vente pure et simple[3]. Sans cela, elles auraient dit simplement : « Je vends — j'achète. » Une différence dans les termes employés trahit nécessairement une nuance dans l'esprit, laquelle doit se traduire par les conséquences pratiques[4].

[1] On a essayé de chercher un autre sens à l'article 1589, en faisant remarquer que, dans l'ancien droit, on donnait aux expressions : *promesse de vente vaut vente* un sens tout différent. On aperçoit clairement, en étudiant les travaux préparatoires, que tout système fondé sur cette base doit être écarté. Voyez sur ce point les traités généraux et un excellent article dans lequel M. Guillouard (*Revue critique*, 1875, p. 2) a mis en relief l'intention du législateur.

[2] Nous ne pouvons discuter l'opinion, peu répandue d'ailleurs, suivant laquelle cet article ne s'appliquerait qu'aux promesses unilatérales. Nous renvoyons aux traités généraux.

[3] En fait, l'hypothèse est peu pratique. Le plus souvent on aura indiqué un terme. Cependant on conçoit l'espèce telle que nous l'avons énoncée, en supposant, par exemple, que l'objet n'était pas présent, ou que l'acheteur attendait l'argent, lequel d'ailleurs devait sûrement lui arriver.

[4] Il nous semble, quant à nous, que les parties n'ont entendu conclure qu'une vente conditionnelle. La condition de chaque obligation, c'est que l'autre partie exigera l'exécution. *Promettre* implique qu'on se reporte à l'avenir. En promettant, le propriétaire est censé dire : Venez me rappeler mes paroles actuelles, et j'exécuterai. Inutile de faire remarquer qu'il n'y a pas là vente sous condition potestative. Car la condition mise à la vente, c'est l'exigence de *l'autre* partie (art. 1170). Concluons que : 1° si les parties s'abstiennent de réclamer l'exécution ou conviennent d'annuler le contrat, on ne devra pas voir là une rétrocession ; 2° que si la chose périt, c'est pour le compte du vendeur.

Nous ne reproduisons point ainsi le système qui repose sur le sens de

Digitized by Google

II. Prévoyant le cas où une chose est, par deux dispositions distinctes d'un testament, léguée à deux personnes, l'article 1045 déclare qu'en principe[1] il n'y a pas lieu a accroissement, si l'une des personnes ne peut recueillir[2].

Un testateur déclare qu'il laisse un champ à Primus ; plus loin dans le testament il laisse ce même champ à Secundus. Comme l'objet légué est susceptible d'une division facile, si Secundus meurt avant le testateur ou renonce au bénéfice du legs, Primus n'en aura que la moitié.

Presque tous les commentateurs estiment qu'il y a lieu de critiquer cette disposition du Code. Elle semble bien contraire à l'intention des parties[3]. Cette erreur parut telle à Proudhon, que l'éminent jurisconsulte refusa de croire qu'elle eût jamais été dans la pensée du législateur, et, torturant le texte des articles 1044-1045, en proposa une explication différente. Son explication n'a converti personne. Nous nous retrouvons donc encore ici en face d'un texte ayant pour objet d'interpréter la volonté des parties et l'interprétant à contre-sens. Nous croyons devoir le sacrifier[4].

III. L'article 843 soumet au rapport non-seulement les dispositions entre-vifs, mais encore les legs, s'ils n'en sont formellement dispensés. On s'est évertué à donner un sens raisonnable à cette disposition. Voici la solution de MM. Aubry et Rau[5] : « L'obligation du rapport, en ce qui concerne les legs, a pour effet de neutraliser complétement la dispo-

l'ancienne maxime « promesse de vente vaut vente », car nous tenons compte de l'article 1138. Pour nous, en effet : 1° l'acte contenant la promesse devra être transcrit ; 2° toute hypothèque ou aliénation postérieure à la transcription de la promesse sera inopposable à l'acquéreur.

[1] Si l'objet légué n'est pas susceptible d'être divisé sans détérioration, le principe ne s'applique plus : l'accroissement est possible.

[2] C'était le cas que nos anciens romanistes appelaient *conjunctio re tantum*. Les Romains (avant les lois caducaires) disaient que les deux legs étaient faits *disjunctim* et ils admettaient l'accroissement, que l'objet fût susceptible ou non d'être divisé facilement.

[3] Voyez Aubry et Rau, VII, § 726, notes 37 et suiv. M. Colmet de Santerre a cependant essayé de justifier le législateur. Si ingénieuse que soit sa démonstration, nous ne saurions nous y arrêter. Voyez du reste la note suivante.

[4] La difficulté ne s'élève et notre théorie ne devient applicable que si l'on croit à une erreur du législateur. On y échapperait avec le système de Proudhon ou celui de M. Colmet de Santerre.

[5] Voyez Aubry et Rau, VI, § 634 *initio*, 4° édit.

Digitized by Google

sition testamentaire, qui est à considérer comme non avenue.» Il nous paraît difficile de condamner plus nettement l'interprétation que les rédacteurs de l'article ont donnée à la volonté de testateur. Un homme raisonnable ne fait pas volontairement une disposition et surtout une série de dispositions inutiles. Et s'il en est ainsi, comment accepter une telle solution dans une matière où le testateur était souverain? Or l'explication fournie par MM. Aubry et Rau nous paraît, en présence du texte : *L'héritier ne peut réclamer les legs à lui faits sans dispense de rapport*, s'imposer, si l'on veut se conformer à la volonté des rédacteurs du Code. Les autres explications proposées sont ingénieuses, mais elles ont le double défaut, à nos yeux, de donner aux paroles du testateur un sens qu'il ne leur attribuait pas, et surtout d'être en opposition avec les termes de l'article 843[1]. Il faut accepter avec toutes leurs conséquences ces mots de l'article : *ni réclamer les legs,* ou les effacer absolument. Nous nous rangeons à ce dernier parti[2].

IV. Nous croyons avoir suffisamment montré le parti qu'on peut tirer de l'idée par nous défendue. Quoiqu'elle tende à supprimer un certain nombre de controverses stériles et à rendre aux particuliers leur liberté, reconnue en principe

[1] Les rédacteurs du Code ont subi l'influence de l'ancien droit. L'article 300 de la coutume de Paris déclarait incompatibles la qualité d'héritier et celle de légataire. Mais, du moment où le Code écartait cette incompatibilité pour consacrer la volonté présumée du défunt, il devait, avec le droit romain, restreindre aux dons entre-vifs l'obligation du rapport, tout legs fait à un successible emportant avec lui une présomption de préciput.

[2] Nous userions du même procédé à l'égard de l'article 1288. Contrairement à l'avis de Dumoulin et de Pothier (*Oblig.*, n° 618), il déclare que « ce que le créancier a reçu d'une caution pour la décharge de son cautionnement doit être imputé sur la dette et tourner à la décharge du débiteur principal et des autres cautions ». Beaucoup d'auteurs, parmi lesquels nos savants maîtres, M. Valette et M. Bufnoir, voient là une erreur législative et estiment que les parties pourraient y déroger par une convention formelle. Toutefois nous jugeons inutile d'insister, d'autant plus qu'on peut être tenté de croire ici à une *disposition impérative*, destinée à empêcher l'usure.

Quant aux aritcles 1599 et 1021, ils sont entièrement contraires à la volonté des parties, et dérivent, selon nous, d'une erreur législative. Nous croyons cependant ne pouvoir pas les effacer. La raison, c'est que le législateur en a fait, bien qu'à tort, des *dispositions impératives :* il lui a paru que l'ordre public était intéressé à ce qu'on ne pût vendre ou léguer la chose d'autrui.

Digitized by Google

par le législateur lui-même, nous avouons ne la proposer qu'avec une certaine défiance. Nous ne nous sommes décidé à l'émettre qu'après de mûres réflexions et nous avons essayé d'écarter les objections qu'elle pouvait soulever. Mais il nous est pénible d'aller à l'encontre du sentiment général, lorsqu'il se trouve partagé par les meilleurs esprits. Quoi qu'il en soit, nous remercions d'avance ceux qui nous feront l'honneur d'éclaircir nos doutes sur le bien fondé de la doctrine commune. Notre plus ardent désir est de nous rendre à de bonnes raisons.

GEORGES APPERT.

BIBLIOGRAPHIE.

LES PLUS PRINCIPALLES ET GÉNÉRALES COUSTUMES DU DUCHIÉ DE LORRAINE,

Texte inédit précédé d'une introduction par Ed. BONVALOT, Conseiller à la Cour d'appel de Dijon[1].

Compte rendu par M. Paul VIOLLET, bibliothécaire de la Faculté de droit de Paris.

M. Bonvalot à qui l'histoire du droit doit déjà, outre quelques bons mémoires, la publication de plusieurs coutumes locales, celles du val d'Orbey, du val de Rosemont, de Ferrette, de Remiremont, nous donne aujourd'hui un texte nouveau et fort intéressant : je veux parler d'une rédaction inédite des anciennes coutumes du duché de Lorraine. La lecture de ces coutumes (de la première moitié du XVIe siècle) devra désormais précéder, dans toute étude sérieuse de droit lorrain, l'examen du coutumier de 1594; l'édition de M. Bonvalot est donc à elle seule un service considérable rendu à la science et aux travailleurs.

Je sais beaucoup de gré à M. Bonvalot de mettre à notre disposition un coutumier nouveau; mais je ne saurais accepter purement et simplement les procédés adoptés par l'éditeur. Son texte, établi d'après cinq manuscrits décrits dans

[1] Paris 1878, brochure in-8° de 133 pages.

Digitized by Google

la préface, ne me satisfait pas entièrement : tout d'abord j'ai peine à croire que toutes les variantes aient été relevées, tant elles sont rares au bas des pages. Je n'ignore pas que les deux catégories principales de variantes ont été indiquées suivant un système tout particulier; mais ce système ne me paraît pas heureux : pour se faire une idée de la nature de ces variantes, il faut savoir tout d'abord que l'un des manuscrits, le manuscrit de M. Neÿen, contient divers passages qui manquent dans les autres manuscrits, et qu'à l'inverse, de nombreux passages conservés dans les autres manuscrits manquent dans le manuscrit Neÿen. M. Bonvalot a imaginé de faire pénétrer dans le texte tous ces passages quels qu'ils soient : il a mis entre *guillemets simples* ce qui manque dans le manuscrit Neÿen et existe dans les autres manuscrits, entre *doubles guillemets* ce qui se trouve dans le manuscrit Neÿen et manque ailleurs; grâce à ces guillemets, les distractions les plus grossières ou les plus insignifiantes des copistes sont recueillies et notées scrupuleusement dans le texte même : grâce aux mêmes guillemets, certaines additions qui n'appartiennent point à l'œuvre primitive occupent dans le texte une place usurpée; les guillemets atténuent sans doute l'effet fâcheux que peut produire cette admission non justifiée, mais ils n'empêchent pas ces additions postérieures de nuire au texte primitif qui n'en était point chargé.

Il était, à mon avis, fort inutile d'établir ce système de guillemets simples et doubles : l'éditeur devait rejeter dans les notes tous les passages qui ne lui paraissaient pas appartenir à l'œuvre primitive, mais introduire dans son texte, sans aucun guillemet et sans aucune distinction, les passages qui faisaient originairement partie de la coutume, se contentant d'indiquer en note les manuscrits où manquent ces mots, ces phrases, ces paragraphes.

L'éditeur a constamment accentué et ponctué son texte : je l'en loue. Pourquoi donc a-t-il rejeté systématiquement les apostrophes et imprimé *quest* pour *qu'est*, *ladcenseur* pour *l'adcenseur*, *dhéritaiges* pour *d'héritaiges*, etc.? On n'hésite plus aujourd'hui à introduire les apostrophes dans les textes français anciens, et l'on a cent fois raison.

En donnant à chaque paragraphe un numéro, M. Bonvalot eût facilité les recherches et les citations : je regrette qu'il n'ait pas adopté ce système si simple et si ordinaire.

Digitized by Google

Mais négligeons ces détails : il est plus équitable d'insister sur le réel service que, par cette publication nouvelle, M. Bonvalot rend à nos études, et de signaler — ce que je n'ai pas fait encore suffisamment — la préface, sans prétention, mais non sans mérite, dans laquelle M. Bonvalot, après avoir donné d'utiles renseignements sur les manuscrits de la coutume, en analyse et en résume les principales dispositions. Cette préface sera lue avec intérêt, consultée avec fruit; je soumettrai toutefois à l'auteur quelques doutes et quelques réflexions sur des points particuliers :

— Page 39. A l'appui d'une décision de Louis le Débonnaire, M. Bonvalot cite les Capitulaires, liv. IV, ch. 9 et *liv. V, ch.* 295. Le lecteur qui sait lire est toujours surpris et comme inquiet d'une référence à l'un des trois derniers livres des Capitulaires qui contiennent tant de textes apocryphes. Un renvoi direct au Capitulaire de 821, accompagné au besoin d'allusions au Capitularium d'Anségise et de Benoît, était donc préférable. J'ajouterai même qu'une citation *in extenso* eût été fort utile, car le texte invoqué est loin de justifier clairement l'opinion de M. Bonvalot. Ce texte est ainsi conçu :

« Volumus ut uxores defunctorum post obitum maritorum « *tertiam partem conlaborationis*, quam simul in beneficio « conlaboraverunt, accipient. Et de his rebus quas is qui « illud beneficium habuit, aliunde adduxit vel comparavit, « vel ei ab amicis suis conlatum est, has volumus tam ad « orphanos defunctorum, quam ad uxores eorum perve- « nire[1]. »

Ce que résume, en ces termes, M. Bonvalot :

« Dans quelle proportion s'opère le partage des acquêts « restants? Entre associés, l'égalité est la règle et les béné- « fices se répartissent *par moitié. Louis le Pieux avait trans- « porté ce principe des sociétés civiles à la communauté conju- « gale.* »

N'est-il pas vrai que quelques explications supplémentaires eussent été ici fort bien placées?

— Page 40. Est-il exact de considérer le douaire comme une compensation de la renonciation à la communauté?

[1] Cap. de 821, art. 9 et capit. d'Anségise, liv. IV, ch. IX dans Pertz, *Leg.*, t. I, p. 230, 312.

Digitized by Google

— Je lis cette phrase page 41 : « Les gentilshommes lor-« rains, jaloux de conserver la splendeur de leurs maisons, « l'avaient étayée sur le droit d'aînesse, le privilége de mas-« culinité et l'exclusion des filles. » Voilà une façon de dire qui prête aux gens beaucoup plus d'esprit qu'ils n'en ont eu. Je ne pense pas que, dans la première période féodale, lorsque se constituèrent les grandes et anciennes maisons, on ait ainsi raisonné : le régime imposé aux vassaux par les suzerains qui concédaient des bénéfices ou des fiefs ne fut point imaginé directement en vue de fonder la grandeur des maisons vassales : les traits caractéristiques que relève M. Bonvalot eurent bien plutôt pour objet direct l'intérêt des suzerains. Plus tard, à une époque plus rapprochée de nous, il en fut tout autrement. C'est donc avec raison que M. Bonvalot, parlant des anoblis, leur attribue le désir de fonder, à l'aide du droit d'aînesse, la grandeur de leurs maisons (p. 45) : mais la période primitive fut beaucoup plus inconsciente. PAUL VIOLLET.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, rue Racine, 26.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

JURISPRUDENCE SUR LA CAPACITÉ CIVILE DES FEMMES. RETOUR DU VELLÉIEN.

Par M. Vavasseur, avocat à la Cour d'appel de Paris.

La capacité personnelle de la femme peut-elle être restreinte par son contrat de mariage ?

La Cour de Paris, 3e chambre, par un arrêt du 6 décembre 1877[1], s'est prononcée pour l'affirmative en validant la clause suivante insérée dans un contrat de mariage établissant le régime de la communauté :

« Le présent article ayant pour objet d'assurer la conser-
« vation d'une partie de la fortune de la future épouse,
« celle-ci ne pourra, même avec le consentement de son
« mari, ou de justice, s'obliger envers les tiers; ses enga-
« gements à cet égard seront considérés comme nuls et de
« nul effet. »

Déjà la même chambre, par un arrêt du 17 janvier 1875 (*Pal.*, 1876, 321), avait admis la validité d'une clause analogue dans un contrat de mariage en séparation de biens. Mais cet arrêt n'était basé que sur une pétition de principes. Et cependant il avait soulevé de vives protestations; il s'était engagé dans la presse judiciaire une polémique, dont le signal avait été donné par M. Valette, l'éminent professeur à la Faculté de droit de Paris[2].

Le nouvel arrêt est sérieusement et soigneusement motivé; il n'a pas voulu mériter le même reproche que le premier. Mais en venant, d'une façon bien inattendue, donner un corps à celui-ci, il n'aura pas désarmé la critique; il va lui permettre, au contraire, de saisir enfin la théorie qu'il met au jour, pour en examiner, en pleine lumière, la valeur juridique.

Cette théorie se résume ainsi :

[1] V. le texte de cet arrêt, avec les conclusions conformes de M. l'avocat général Chevrier, dans le *Droit*, numéros des 2-3 janvier 1878.

[2] V. le *Droit* des 9 mars et 9 avril 1876.

Digitized by Google

La loi donne aux époux liberté entière pour établir leurs conventions matrimoniales, pourvu, d'une part, qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs (et la clause litigieuse n'offense pas les bonnes mœurs) (art. 1387 C. civ.); et d'autre part, à la condition de respecter les prohibitions énumérées limitativement dans les articles 1388, 1389 et 1390.

Il est bien vrai, ajoute l'arrêt, que l'état des personnes est régi par la loi, qui seule détermine leur capacité, et il s'agit bien ici d'une question de capacité personnelle; mais à ce principe, il y a une exception : la capacité de la femme doit pouvoir être restreinte par la convention « dans l'intérêt de « la conservation de son patrimoine et en vue des enfants à « naître du mariage ». Nous citons textuellement pour n'altérer en rien la pensée éminemment conservatrice qui inspire la nouvelle jurisprudence. La restriction, dit encore l'arrêt, n'a rien après tout d'extraordinaire; le Code civil lui-même donne un exemple d'incapacité contractuelle, absolue, dans le régime dotal étendu aux biens présents et à venir.

Cette jurisprudence, disons-le tout de suite, aurait une portée considérable si elle parvenait à s'établir. La clause litigieuse, à peu près inconnue jusqu'ici dans la pratique notariale, deviendra de style dans beaucoup de contrats de mariage. Elle remplacera, en l'aggravant, le régime dotal, puisqu'elle combine, dans sa formule concise, l'incapacité personnelle, jadis édictée par le sénatus-consulte Velléien, avec l'inaliénabilité dotale décrétée par la loi *Julia*. Sous le couvert de cette innovation, de modeste apparence, c'est une révolution qui s'introduit dans l'économie de notre Code civil pour en bouleverser les classifications et confondre tous les régimes.

Cette entreprise réussira-t-elle, et ne suffit-il pas d'un mot pour l'arrêter, d'un mot écrit d'ailleurs dans l'arrêt de 1877 ? C'est *la loi*, et non la convention qui règle la capacité des personnes.

C'est là un principe si ancien, si bien établi, qu'il semblait inattaquable.

Il est dans tous les textes du Code civil :

Art. 1124. Les incapables de contracter sont : 1°, 2°, 3° les femmes mariées *dans les cas exprimés par la loi*.

L'incapacité est donc l'exception. En dehors de ces cas

Digitized by Google

légaux, la femme est dans la règle générale, ainsi formulée dans l'article 1123 : Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable *par la loi*.

Et quels sont, pour la femme mariée, les cas légaux d'incapacité ?

Ils se trouvent au chapitre : *Des droits et des devoirs respectifs des époux*, qui organise la puissance maritale, et défend à la femme de s'obliger sans l'autorisation de son mari (art. 215, 217, 223) ; sinon son obligation est nulle.

Avec l'autorisation maritale, la capacité de la femme est égale à celle du mari.

La capacité est une règle tellement dominante que la nullité de l'obligation contractée sans autorisation est purement relative. Elle n'est opposable que par la femme, par le mari, ou leurs héritiers (art. 225), non par les autres contractants.

La femme elle-même ne peut attaquer ses engagements que dans les cas prévus *par la loi* (art. 1125), c'est-à-dire dans les cas prévus par les articles 215 et suivants.

Ces cas légaux, étant exceptionnels, sont par cela même limitatifs; et comme les lois intéressant l'état et la capacité des personnes sont d'ordre public, il n'est pas permis d'y déroger par des conventions particulières (art. 3 et 6 C. civ.)[1].

Mais, dit-on, le contrat de mariage jouit d'immunités spéciales; la loi se subordonne ici à la convention; elle n'offre que des types qui peuvent être acceptés, refusés, ou combinés au gré des parties; celles-ci sont en possession d'une liberté si grande qu'elles peuvent valablement restreindre ou même annihiler la capacité de la femme. Et cette liberté leur est octroyée par les articles 1387, 1388, 1389 et 1390 sainement combinés et entendus; le premier posant la règle, et les trois autres des exceptions, limitatives aussi; dans ces trois articles se trouvent donc les seules prohibitions apportées à la volonté souveraine des contractants; or, parmi ces prohibitions, il n'en figure pas qui interdise de diminuer ou même d'annihiler la capacité des parties.

C'est, comme on le voit, un argument de texte, auquel sans doute il sera permis de répondre déjà par cet autre

[1] Laurent, *Principes du droit civil*, t. I, n° 52; Dalloz, v° Lois, n° 522.

Digitized by Google

argument de texte emprunté à l'article 1387 qui contient le principe, et domine tout le chapitre : Le contrat de mariage, comme la loi, régit l'associatipn conjugale *quant aux biens* seulement, et non quant aux personnes.

Et ceci n'est pas une vaine formule; c'est la vérité prise sur le vif; les personnes se lient devant l'officier de l'état civil ; et le sort des biens est réglé devant le notaire.

Allons au fond des choses. Qu'est-ce que cette liberté qu'on revendique pour le contrat de mariage, sinon la liberté pour la femme de s'enchaîner ? Quel abus d'un grand mot, d'une noble et généreuse idée ! Mais pourquoi le mari lui-même ne pourrait-il pas mutiler son libre arbitre ? Je vois bien que l'article 1388 lui défend de renoncer à la puissance paternelle ou maritale; mais ne pourrait-il pas s'interdire, par exemple, d'aliéner ses immeubles ? Ce serait un acte très-conservateur aussi, et qui se justifierait, aussi bien que l'autre, par l'intérêt de la famille et des enfants.

Dès qu'on substitue à la capacité légale la capacité conventionnelle, on s'expose aux résultats les plus étranges.

Qu'on ne vante donc pas outre mesure cette liberté du contrat de mariage. Un auteur anonyme [1] n'a pas craint de la présenter comme absolue; c'était à l'occasion de l'arrêt de 1875 dont il soutenait, nous ne disons pas la doctrine, mais la solution. L'arrêt de 1877, reconnaissons-le bien vite, ne va pas tout à fait jusque-là, et M. l'avocat général Chevrier, tout en concluant énergiquement dans le sens adopté par l'arrêt, disait lui-même que ce devait être une liberté raisonnable, sagement circonscrite; qu'ainsi, par exemple, les époux ne pourraient renoncer par contrat de mariage à se faire des donations mutuelles. Mais qu'on y prenne garde, par cette porte ouverte vont entrer d'autres exceptions, Croyez-vous, par exemple, que la femme pourrait valablement s'interdire de renoncer à la communauté ou au bénéfice de l'article 1483, etc., etc. ? Les trois articles prohibitifs ne sont donc pas limitatifs; et par une analogie nécessaire, il faut admettre comme également prohibées les stipulations contraires à l'ordre public, tout aussi bien que celles contraires aux bonnes mœurs, défendues par l'article 1387.

[1] V. *Gazette des tribunaux*, 11 mars 1876.

Digitized by Google

Mais le nouvel arrêt résout cette objection en affirmant que l'ordre public n'est pas blessé par la clause litigieuse; et comme preuve, il cite l'exemple de la loi elle-même qui, en permettant de grever de dotalité tous les biens de la femme, présents et à venir, placerait celle-ci à l'état d'*incapacité absolue*, et c'est une incapacité *contractuelle*, fait-il remarquer, puisqu'elle est stipulée par le contrat de mariage.

Mais l'exemple est mal choisi; car s'il est aujourd'hui une vérité acquise, en doctrine aussi bien qu'en jurisprudence [1], c'est que le régime dotal n'ôte rien, en principe, à la capacité de la femme mariée.

La Cour de cassation n'a pas cessé d'affirmer cette vérité, et de ramener les Cours dissidentes à la saine observation de la loi. C'est ainsi que dès le 29 juin 1842, cassant un arrêt de la Cour de Lyon qui l'avait méconnue, elle déclarait « qu'aux termes des articles 217 et 1123, la femme mariée « (même sous le régime dotal) peut valablement s'obliger « avec l'autorisation de son mari ».

La Cour suprême a depuis maintes fois reconnu que la dot seule était protégée, non la personne; que si la dot était inaliénable, la femme restait capable; ou bien que si l'on voulait taxer celle-ci d'incapacité, ce n'était qu'une sorte d'incapacité *réelle* relative aux seuls biens dotaux, mais, en dehors de ces biens, laissant subsister la capacité personnelle et naturelle de la femme.

Ainsi, la dot est protégée, même après la dissolution du mariage, même dans les mains des héritiers de la femme, et la protection s'étend aux revenus comme au capital [2]. Mais la Cour suprême en se montrant, comme on le lui a reproché, dotaliste à ce point, n'a nullement entendu invalider l'obligation contractée par la femme dotale. Loin de là; car elle a admis l'exécution de cette obligation, même sur les biens personnels de ses héritiers ayant accepté purement et simplement sa succession [3]; et *à fortiori*, en cas de survivance

[1] Dalloz, v° CONTRAT DE MARIAGE, n°s 3152 et 3445.

[2] Cass., 18 août 1869, D., 69, 1, 461.

[3] Cass., 14 novembre 1855, D., 55, 1, 437.— *Sic* Paris, 16 janvier 1858, *Pal.*, 58, 335.

Digitized by Google

de la femme, sur les biens personnels qui lui sont échus depuis la dissolution du mariage[1].

Les auteurs les plus accrédités professent la même doctrine. M. Demolombe[2] déclare qu'il n'y a aucun texte qui rende la femme mariée incapable de s'obliger avec l'autorisation de son mari; qu'elle est donc capable sous tous les régimes, et qu'il y a seulement un obstacle à l'exécution de ses engagements dans l'article 1554 consacrant l'inaliénabilité de la dot. Et il s'attache à cette opinion une autorité d'autant plus considérable que M. Demolombe, quoique appartenant à un pays de régime dotal, n'a voulu l'émettre qu'après avoir consulté les doyens des Facultés de droit d'Aix et de Toulouse, et les savants professeurs du Midi lui ont répondu que sa doctrine était conforme aux plus anciennes traditions de la dotalité.

Citons encore M. Labbé[3] : « La femme mariée sous le « régime dotal est, dit-il, capable de s'obliger. N'eût-elle « aucun bien paraphernal, eût-elle constitué en dot tous ses « biens présents et à venir, elle n'en eût pas moins eu la « capacité de s'obliger. Elle est dans la position d'un débi- « teur qui n'a pas de biens..... Elle a la chance d'acquérir « des biens nouveaux après la dissolution du mariage. Cela « suffit pour que son obligation soit en général, et d'une « manière abstraite, valable. »

Il est vrai que M. Labbé, cherchant la raison du principe d'inaliénabilité, la trouve dans la nécessité de protéger la faiblesse de la femme. La dot doit être inaliénable *ob sexus imbecillitatem*. Aux yeux du savant professeur, l'idée mère du sénatus-consulte Velléien pèse toujours sur la femme moderne. Mais qu'importe cette origine très-contestable? M. Labbé ne saurait nuire ainsi à la thèse qu'il a si fermement affirmée tout à l'heure.

Du reste, jusqu'ici, c'était parmi les jurisconsultes anciens et modernes une opinion unanimement admise que la loi seule, et non le contrat, règle la capacité des personnes.

[1] Cass., 7 décembre 1842, et sur renvoi, Rouen, 29 juin 1843; Dalloz, v° CONTRAT DE MARIAGE, n° 3230.

[2] *Revue de législation*, t. II, p. 282.

[3] *Revue critique de législation*, t. IX, p. 1 et suiv.

Digitized by Google

Les commentateurs du Code civil se bornaient à l'énoncer, croyant l'avoir à peine à démontrer. M. Troplong (n° 90, *Traité du Contrat de mariage*) dit que la capacité de la femme est de droit naturel et positif; qu'*elle ne peut elle-même s'interdire*, pas plus que le mari ne pourrait se placer sous la tutelle de sa femme, et cette démonstration lui suffit comme elle avait suffi à tous jusqu'à présent.

Toutefois, M. Labbé, en assignant à l'inaliénabilité dotale l'origine que nous venons d'indiquer, aura, sans le vouloir, été l'inspirateur de la nouvelle doctrine. L'incapacité contractuelle n'est en effet qu'une réminiscence, presque une résurrection de ce sénatus-consulte Velléien, aboli en droit par un édit de Henri IV; en fait, par les clauses de renonciation devenues de style et validées par la jurisprudence des Parlements, et qui « avait soulevé la protestation unanime et « persistante de tous les peuples[1] ».

Nous venons de dire : résurrection du Velléien. Ce n'est pas assez; il faudrait dire : aggravation. Car le Velléien ne limitait la capacité des femmes qu'en leur défendant de s'engager pour autrui, c'est-à-dire de cautionner autrui; elles restaient libres de s'engager vis-à-vis des tiers.

Ce n'était donc qu'une incapacité partielle, restreinte, et il avait fallu une loi pour l'établir. Aujourd'hui, par la convention privée, on prétend fonder l'incapacité générale et absolue. Défense pourra être faite, par contrat, à la femme de s'obliger, soit pour les tiers, soit envers eux.

Ce n'est pas seulement une aggravation du Velléien, mais bien du régime dotal lui-même. Car avec le régime dotal, l'obligation de la femme peut, nous venons de le voir, s'exécuter sur les paraphernaux, et après la dissolution du mariage sur les biens qui adviendront à la femme en dehors de ses biens dotaux[2]. Mais, avec la clause d'incapacité, tous les biens à venir comme présents, sont francs, puisque la personne elle-même est affranchie de l'obligation.

En vérité, il y a dans cette clause, si l'on veut la consacrer, un moyen de simplification extrême des contrats de mariage. A quoi bon s'embarrasser des stipulations de la dotalité? La

[1] M. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, p. 525.
[2] V. la jurisprudence citée plus haut.

Digitized by Google

femme est incapable, ce seul mot suffit, et l'on a le régime dotal le plus étendu comme le plus efficace.

Lors des débats qui ont précédé l'arrêt de 1877, on a invoqué l'opinion qu'aurait exprimée M. Gide en faveur de la clause litigieuse dans sa remarquable *Étude sur la condition privée de la femme;* mais nous croyons que sa pensée a été mal interprétée. Que, sous le régime dotal, où les biens sont inaliénables, la femme soit incapable de les aliéner, cela va de soi: et c'est en ce sens que M. Gide a pu dire que, sous ce régime, l'incapacité de la femme en était le complément nécessaire (p. 547); qu'elle s'y trouvait atteinte d'une certaine incapacité personnelle (p. 505); que le Velléien avait ainsi pénétré, subrepticement en quelque sorte, l'œuvre éclectique du Code civil, et qu'il n'avait pas été sans influence sur les décisions de la jurisprudence moderne en matière d'inaliénabilité dotale.

Mais M. Gide reconnaît sans hésiter (p. 492) que le Velléïen a toujours été rejeté sous le régime de la communauté, et il n'admettrait certainement pas que l'inaliénabilité stipulée dans un contrat de mariage en communauté frappât la femme d'incapacité. Pour lui, les deux termes sont loin d'être identiques, et il prend soin de faire ressortir (p. 506 et suiv.) les différences nombreuses dans les effets attachés à l'un et à l'autre. Comment les confondre et les identifier, lorsqu'on connaît leurs origines? Ne viennent-ils pas de deux lois distinctes: la loi *Julia*, et le sénatus-consulte Velléien, qui précisément s'adressent: l'une aux biens, et l'autre aux personnes?

Nous croyons d'ailleurs que M. Gide a exagéré le caractère de l'inaliénabilité dotale, lorsqu'il en fait dériver ce qu'il appelle une sorte d'incapacité personnelle devant produire la nullité absolue de l'obligation contractée par la femme dotale. Il trahit ainsi la doctrine de M. Labbé, dont il déclare pourtant (p. 512) s'être généralement inspiré; car si celui-ci admet la nullité de l'obligation pour incapacité, ce n'est que relativement aux seuls biens dotaux.

Et c'est l'opinion de M. Labbé qui est conforme à la jurisprudence; non celle de M. Gide, qui a commis à ce sujet deux graves méprises:

Ainsi, en déclarant, comme étant une des conséquence

Digitized by Google

de la jurisprudence, que l'obligation de la femme dotale ne peut recevoir d'exécution sur les biens qui lui sont échus depuis la dissolution du mariage. C'est le contraire qui a été jugé par les arrêts que nous avons rapportés plus haut.

Ainsi encore, en citant un arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 1853[1] comme ayant décidé que la femme ne peut valablement garantir sur ses paraphernaux la vente de son bien dotal. C'est la doctrine contraire qui a été admise par cet arrêt, ainsi que par un arrêt antérieur du 4 juin 1851[2]. Il résulte de ces arrêts que l'action révocatoire accordée par la loi à la femme dotale n'engendre qu'une nullité relative; et si d'autres arrêts plus anciens ont refusé aux acquéreurs du bien dotal un recours sur les paraphernaux, c'est en s'inspirant de la jurisprudence romaine qui, sous l'empire du Velléien, devait consacrer l'irresponsabilité absolue de la femme[3].

Cette exagération du régime dotal de la part de M. Gide est d'autant plus surprenante qu'il se montre constamment, dans tout le cours de son ouvrage, l'adversaire déclaré du Velléien; il se joint au concert de protestations que le sénatusconsulte avait soulevées jusqu'à son abolition il y a trois siècles; il le dénonce comme attentatoire à toutes les règles de la morale, de l'ordre public, non moins qu'aux intérêts économiques et à l'utilité sociale (p. 523). En toute circonstance, il prend la défense des droits de la femme, et loin de redouter comme un danger sa participation au gouvernement du ménage, il la réclame au nom de la justice, au nom de l'intérêt des familles (p. 545). Dans sa généreuse ardeur, il entrevoit l'égalisation graduelle des sexes comme une promesse de l'avenir, et il admire dès aujourd'hui ce qu'il n'hésite pas à appeler l'émancipation de la femme commerçante, fait accompli « là même où les vieilles incapacités du texte « survivent encore (p. 526) ».

Comment et par quelle déviation singulière M. Gide en vient-il à se prononcer pour je ne sais quelque survivance du Velléien, permettant de réduire la femme au rôle d'un être

[1] Dev., 54, 1, 5; Dall., 53, 1, 265.
[2] Dall., 51, 1, 193.
[3] *Rép.* Dall., v° CONTRAT DE MARIAGE, n°s 3850 et suiv.

Digitized by Google

inconscient et passif, la condamnant à assister, désespérée, mais impuissante, à la ruine de son mari qu'il lui est défendu de secourir, à l'effondrement de la famille que le contrat matrimonial lui interdit de sauver[1]?

Du moins le jurisconsulte philosophe ne se résigne-t-il pour la femme à un tel assujettissement que dans ce régime dotal si dur, si inflexible, qui l'exclut de toute association, de toute intervention, qui la maintient sous l'ancienne domination du maître, *in manu*, qui en fait au foyer domestique, dans les affaires du ménage, comme une première servante, selon le mot de Dumoulin sur les femmes normandes : *In Neustris, mulieres sunt ut ancillæ.*

Et c'est dans le régime de la communauté que l'on prétend transporter ces iniquités romaines et payennes[2] ! Et pourquoi? Parce que c'est toujours, comme l'a dit M. Troplong, « le souvenir du Velléien qui poursuit nos praticiens »; ajoutons, et avec eux, nos docteurs, nos magistrats.

Le moment n'est-il pas venu enfin de savoir s'en dégager pour rentrer dans les voies de la civilisation moderne?

A. VAVASSEUR.

OBSERVATIONS SUR LA LOI CINCIA,

Par M. Machelard, professeur à la Faculté de droit de Paris.

1. On a beaucoup écrit, et vraisemblablement on écrira encore au sujet de la loi Cincia. Cependant on n'est point parvenu, et je doute que l'on parvienne à rendre un compte satisfaisant de l'ensemble des mesures imaginées au VIe siècle de Rome pour réglementer les donations, et constituer ce qu'on appelait leur *perfection*. Ces mesures n'avaient pas cessé d'être en vigueur à l'époque classique ; déjà, toutefois, on était en désaccord sur leur portée, et il y avait tendance à en modérer la rigueur.

2. Ce que nos anciens auteurs savaient sur la loi Cincia se

[1] Vo Contrat de mariage, no 3312.

[2] V. une brochure sur les *Origines de la communauté de biens* (Paris, chez Marchal, Billard).

Digitized by Google

bornait à peu de chose. Cujas avait conjecturé avec raison qu'Ulpien entendait faire allusion à la loi Cincia dans les premiers mots qui nous sont parvenus des fragments connus sous le nom de : *Tituli ex corpore Ulpiani*. Certains passages des Pandectes mentionnent en matière de donation une limite fixée par une loi (*modus legis*, *modus legitimus*) ; et l'on n'ignorait pas qu'il s'agissait de la loi Cincia. Mais, quant aux voies et moyens qui servaient à faire observer cette loi, ou plutôt ce plébiscite, porté, paraît-il, en 550, sur la proposition du tribun Cincius Alimentus, ce n'est que depuis la découverte des fragments du Vatican, en 1823, que nous possédons quelques renseignements à cet égard. Ces documents nouveaux ont excité la verve des commentateurs modernes, et ont fait surgir des systèmes différents. Mon intention n'est pas d'examiner en détail les divergences qui ont éclaté à l'occasion du mode d'application de la loi Cincia dans la littérature juridique de ces derniers temps. J'essayerai seulement de tracer un tableau des ressources diverses mises à la disposition du donateur, et cela en vue de faire ressortir les bizarreries que présentait le fonctionnement de cette loi, selon les hypothèses assez variées qu'offrait la pratique des affaires, à raison du procédé qui avait pu être employé pour réaliser une donation. Il en résultera que tels donataires obtenaient facilement toute sécurité, tandis que d'autres étaient exposés à être dépouillés, sans qu'on aperçoive bien nettement pourquoi ceux-ci étaient favorisés, et non ceux-là.

3. La moralité, si je puis parler ainsi, qui se dégagera de cet examen, sera peut-être qu'il y a lieu de condamner, en bonne théorie législative, le système qui, pour entraver des actes réputés dangereux, se contente de les soumettre à des formes déterminées, et de faire dépendre leur sort de l'observation de ces formes. Quelquefois le but sera dépassé, et un oubli sans importance permettra de se soustraire aux conséquences d'une volonté très-résolûment exprimée. D'un autre côté, le but ne sera pas atteint, s'il est possible d'échapper aux formes réglées, et de dédaigner ainsi la protection ménagée par le législateur. Cette critique ne pourrait-elle pas s'adresser aux décisions écrites dans le Code civil à l'occasion du sujet qui nous occupe ? On a suivi jusqu'à nos jours l'idée que l'on suppose avoir servi de base au système

Digitized by Google

inauguré par la loi Cincia. Il importe, a-t-on pensé, de prémunir le donateur contre des libéralités précipitées; et, dès lors, il faut attacher la certitude de l'intention réfléchie de se dépouiller à l'emploi de telles formes. En reproduisant trop servilement l'ancienne jurisprudence, qui s'expliquait par des motifs aujourd'hui surannés, on est allé jusqu'à décider qu'un acte de donation authentique serait dépourvu de valeur, s'il ne contenait mention de l'acceptation *expresse* du donataire, de sorte que l'étourderie ou l'ignorance du rédacteur de l'acte autorisera à se dégager des liens d'une donation solennellement consentie[1]. Mais qu'on évite de faire un acte portant l'étiquette de donation, qu'on déguise la libéralité sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, une jurisprudence constante admet que la donation est irrévocable. On peut d'ailleurs se passer de dresser un acte quelconque. Les dons manuels, quelle que soit leur importance, échapperont aux règles minutieusement prescrites par les articles 931 et suivants. Supposez aussi la remise volontaire du titre original constatant une créance, la protection dont la loi a voulu entourer celui qui se dépouille à titre gratuit disparaît encore, et il y aura libération acquise en dehors de toutes formes.

4. Abordons maintenant les dispositions de la loi Cincia, relatives à la perfection des donations, à l'égard desquelles les fragments du Vatican nous fournissent les renseignements suivants. La loi en question ne s'appliquait pas à tout donataire. Il y avait des *personæ* dites *exceptæ*, en faveur desquelles on laissa subsister l'ancienne législation, de telle

[1] On a voulu également rendre les donations difficiles, en exigeant un dessaisissement absolu, et en proscrivant toute condition qui constituerait le donateur arbitre du sort futur de la donation. Cette précaution, à laquelle le donateur doit se soumettre, tourne contre celui qui a cédé à des obsessions, et qui regrettera bientôt un instant d'aveuglement. Il est trop tard; la loi ferme toute voie au repentir, fût-il motivé, dès l'instant où le donataire aura la prudence, ce qui est facile, de ne pas tomber grossièrement dans les cas d'ingratitude. Mais combien de donations auraient lieu peut-être, et enrichiraient en réalité ceux qui les obtiendraient, s'il était possible au donateur de tenir quelque peu sous sa dépendance celui qu'il gratifie, et de s'assurer la reconnaissance de ce dernier par le lien de l'intérêt!

Digitized by Google

sorte que, pour réaliser à leur profit une donation parfaite, il suffisait d'employer les modes ordinaires de transférer la propriété ou de s'obliger, selon qu'il s'agissait de rendre le donataire propriétaire, ou de créer à son bénéfice une obligation efficace. C'est à cette distinction que Paul fait allusion, quand il s'exprime ainsi, § 310, *Vat. Fragm.* : « *Perficitur* « *donatio in exceptis personis sola mancipatione, vel promissione.* » Quant à la liste des *personæ exceptæ*, on la trouve dans les §§ 298 et suiv., *ibid.* En tête de cette liste, on voit figurer les cognats jusqu'au cinquième degré, plus tel cognat de l'un ou de l'autre sexe, au sixième degré[1].

5. La libéralité s'adressait-elle, au contraire, à une *persona non excepta*, à partir de la loi Cincia, l'acte réalisé en vue de transférer la propriété, malgré sa solennité, une mancipation, par exemple (il faut en dire autant de l'*in jure cessio*), ne suffisait pas pour dépouiller le donateur, de même que l'intervention d'une stipulation n'avait plus pour résultat de permettre au stipulant d'obtenir une condamnation. Toutefois, il fallait encore supposer que la mancipation ou la stipulation avait pour objet une valeur supérieure à un taux resté inconnu et déterminé par cette loi; sinon, les actes juridiques accomplis dans le but de faire une donation continuaient à produire leur effet ordinaire, sans distinction de personnes[2].

[1] Il est à remarquer que la législation romaine, en apportant successivement diverses restrictions à la faculté de faire des libéralités, eut toujours soin de ne pas soumettre à ces restrictions les actes de cette nature qui s'adressaient aux *proches* du disposant. La dispense étant fondée sur des sentiments d'affection dont le témoignage ne devait pas être entravé, on n'exigeait pas le lien civil de famille; on se contentait de la cognation. L'exemple donné par la loi Cincia fut suivi par la loi Furia, que Gaïus mentionne, *Comm.* II, 225, et que l'on suppose rendue l'an 571 de Rome. Cette loi fit même un pas de plus que la loi Cincia, puisqu'elle exceptait non-seulement tous les cognats jusqu'au sixième degré, mais encore tel cognat du septième degré, § 301, *Vat. Fragm.* Sous Auguste, les lois caducaires admirent une exemption modelée sur les termes de la loi Furia, et consacrèrent en faveur des mêmes cognats ce que l'on appelait la *solidi capacitas*, § 216, *Vat. Fragm.*

[2] Telle est l'opinion à laquelle il faut s'arrêter sans hésiter, bien que maints auteurs et des plus considérables, tels que Savigny et Puchta, enseignent que les donations excédant le *modus legis* étaient absolument interdites, et que l'observation des formes introduites pour la perfection des

Digitized by Google

6. Quant à l'importance du chiffre au-dessus duquel commençaient à s'appliquer les formes prescrites par la loi, il est impossible, en l'absence de tout document, de proposer autre chose que des conjectures purement divinatoires. Les uns pensent qu'il s'agissait d'un chiffre uniforme, que Cujas estimait devoir être celui de 200 *solidi*, chiffre que, plus tard, Justinien prit d'abord pour base relativement à la nécessité de l'insinuation. Les autres, à la suite d'Hotoman, supposent que le taux devait être proportionné au patrimoine du donateur, procédé adopté par la loi Falcidie en matière de legs. Sans avoir la prétention de rien préciser à cet égard, la vraisemblance ne serait-elle pas que ce taux ignoré devait être assez modique ? Sans cela, comment comprendre la règle observée, ainsi qu'on le dira bientôt, à l'occasion des meubles, pour lesquels la réunion d'une mancipation et d'une tradition était impuissante à parfaire la donation? Cette règle, selon les termes du § 311, *Vat. Fragm.*, paraît bien s'appliquer à toute donation consistant en meubles, sans qu'on ait à s'inquiéter de cette circonstance qu'il y aurait eu en même temps donation d'immeubles.

7. En ce qui concerne les *personæ non exceptæ*, c'est-à-dire les personnes assujetties à l'application de la loi, il ne devint pas impossible désormais de faire à leur profit une donation dépassant le *modus legitimus;* seulement, pour arriver à la perfection de l'acte, il fallait s'y prendre autrement qu'à l'égard d'une *persona excepta*. Sans doute une mancipation effectuée *donationis causa* avait pour résultat de transférer la propriété; mais le donataire, qui aurait essayé d'user de la revendication, eût été repoussé par une exception tirée de

donations ne concernait que les *personæ exceptæ*. Cette doctrine est tout à fait insoutenable. Quant il s'agit de personnes à l'égard desquelles l'affection naturelle que leur porte le donateur explique la libéralité, il n'y a nulle défiance à concevoir sur la volonté qui a déterminé cet acte; et le droit commun devait subsister. Qu'on aliène ou qu'on s'oblige à titre onéreux ou à titre gratuit, les règles sont les mêmes. La mancipation dans un cas, la stipulation dans l'autre, restent investies de leur efficacité habituelle. Il n'y a pas à s'inquiéter de l'importance de l'affaire, ce qui ressort bien du § 304, *Vat. Fragm.*, suivant lequel un tuteur est autorisé à faire à son pupille des libéralités pour lesquelles il n'y a pas de bornes (*permisit in infinitum donare*).

Digitized by Google

cette loi. On appréciait de la même manière la promesse qui aurait eu lieu *donandi causa*. Elle engendrait bien une action, mais cette action était paralysée au moyen d'une exception. Cette distinction entre les *personæ exceptæ* et celles qui ne l'étaient point est clairement mise en relief dans le § 311, *Vat. Fragm.* Ainsi les choses ne se passaient point comme pour les actes intervenus en vue d'enfreindre la prohibition des donations entre époux, cas où l'on disait : *Ipso jure nihil valet... Quæ inter virum et uxorem donationis causa gerantur nullius momenti sunt* (L. 3, § 11, D., *De don. int. vir. et ux.*). Quand il s'agit de la loi Cincia, la mancipation est loin d'être inutile, quoiqu'elle ne procure pas une action efficace. Qu'à la mancipation vienne se joindre une tradition, alors, du moins pour les objets les plus précieux, pour les immeubles italiques, la donation deviendra parfaite. *Donatio prædii, quod mancipi est, inter non exceptas personas, traditione atque mancipatione perficitur* (§ 313, *Vat. Fragm.*). Par conséquent, non-seulement le donateur sera dépouillé de la possession, mais le droit à la propriété est également perdu, grâce à la mancipation. Pareillement, qu'un payement ait lieu après une promesse, la donation fournira habituellement une juste cause à ce payement, sauf ce que nous aurons à dire plus tard sur la possibilité d'une *condictio* à la suite du payement.

8. En présence de ce système, dont nous avons esquissé la physionomie principale, est-il exact ou non de dire que depuis la loi Cincia les donations supérieures à tel chiffre étaient *prohibées?* On a prétendu qu'un pareil langage n'était point fondé, puisque, en définitive, avec quelque bonne volonté, et en s'astreignant à certaines précautions, il était toujours facultatif de donner *in infinitum*. C'est pourquoi on a essayé de soutenir qu'Ulpien ne pouvait songer à faire allusion à la loi Cincia, dans cette phrase tronquée, qu'on lit en tête du manuscrit de ses *Regulæ*:... *Prohibet, exceptis quibusdam cognatis; et, si plus donatum sit, non rescindit.* Ce serait, a-t-on dit, imputer au législateur romain une grossière contradiction, que de lui faire tout à la fois permettre et prohiber les donations *ultra modum*. Tout ce qu'il a voulu, c'est de prévenir des entraînements irréfléchis. L'idée générale de la loi, c'est d'exiger le plus plein dessaisissement de la part du donateur.

Digitized by Google

Qu'il s'arrange de façon que le donataire n'ait besoin d'aucune action pour jouir de la libéralité, et que ce donataire soit en outre à l'abri de toute action qui permette au donateur de reprendre ce qu'il a donné. Dans ces conditions seulement il y aura certitude de la volonté de donner, et c'est alors uniquement que la donation se trouvera parfaite.

9. Il est difficile, à nos yeux, de douter que la phrase d'Ulpien ne s'applique à la loi Cincia, ce qui ressort invinciblement de l'indication d'un taux fixé pour les donations, quand elles ne s'adressent pas à des personnes non exceptées. Le jurisconsulte voit dans cette loi un caractère de prohibition, en ajoutant cette réserve que la prohibition ne va pas jusqu'à anéantir complétement l'opération juridique intervenue. C'est précisément ce qui donne un cachet particulier à la loi Cincia, et ce qui faisait dire probablement à Ulpien qu'elle était *imperfecta*, attendu qu'il n'y avait pas rescision de ce qui avait été fait contrairement à la loi : *Si plus donatum sit, non rescindit.* La sanction se trouvait dans la concession d'une exception, grâce à laquelle le donateur était à l'abri des conséquences régulières d'une mancipation ou d'une promesse. N'est-ce pas assez pour être autorisé à considérer comme prohibée la mancipation ou la promesse accomplie *donationis causa?* Voilà des actes, dont le but ordinaire est d'investir l'acquéreur de la faculté utile de revendiquer, ou de lui procurer une obligation sérieuse, pouvant aboutir à une condamnation. Que ces actes soient faits *donandi causa,* ils resteront impuissants, et dépourvus de la valeur qui leur appartient en principe. Nul inconvénient à dire qu'ils sont prohibés par la loi Cincia, puisqu'elle les rend inoffensifs à l'encontre de celui de qui ils émanent. Toutefois il n'y avait pas dans la loi de clause absolument irritante; la prohibition n'allait pas jusqu'à être dirimante. Oui, le donataire n'obtenait pas le droit rigoureux à une action, en dépit de l'observation des formes voulues pour la production d'une action. Mais, s'il était en position de profiter de la libéralité, sans qu'il fût nécessaire de recourir à une action, le dépouillement était consommé. C'est ce qui arrivait, quand il y avait eu acceptilation faite *donationis causa.* Un texte positif, la loi 2, C., *De accept.*, dit qu'en pareil cas il n'existe aucune ressource pour le donateur : *Omnis agendi via perempta est.*

Digitized by Google

Peu importe que le débiteur fût une *persona non excepta,* que la créance éteinte fût plus ou moins considérable. La contravention à la loi Cincia n'entraîne point rescision de ce qui a été fait pour y échapper : *Si plus donatum sit, non rescindit.* Le donataire, libéré *ipso jure*, n'a nul besoin d'agir pour tirer parti de la donation. Il en était tout autrement de l'infraction à la prohibition des donations entre époux. L'acceptilation eût été alors tenue pour non avenue; la créance aurait subsisté, nonobstant l'acceptilation : *Et si stipulanti promissum sit, vel accepto latum, nihil valet* (L. 3, § 11, D., *De don. int. vir. et ux.*).

10. En vain ajoute-t-on que si les dispositions de la loi Cincia avaient eu en réalité un caractère prohibitif, il aurait fallu, à la suite du payement effectué, accorder une *condictio ex injusta causa.* Celle-ci était précisément refusée, parce que le but de la loi Cincia n'avait pas été d'interdire absolument toutes donations *ultra modum,* de les rendre impossibles, mais seulement difficiles. Nous verrons plus tard que la *condictio*, qui pouvait être exercée par le donateur, était une *condictio indebiti,* dont les conditions différaient sensiblement de la *condictio ex injusta causa.* L'auteur de la loi avait cru faire assez, en mettant le donateur à l'abri de l'action qui aurait dû naturellement découler des actes accomplis habituellement pour réaliser une donation. Voyons comment la jurisprudence interpréta cette loi imparfaite, et comment pouvait, suivant les cas, se consommer une donation.

11. Occupons-nous d'abord de la donation réalisée par voie de *dation,* c'est-à-dire, au moyen d'un transfert de propriété [1].

[1] En pratique, ce sera le plus souvent de cette manière que se fera une libéralité entre-vifs ; et l'on a dit avec raison que l'expression *donatio* n'était que la contraction de ces mots : *doni datio.* Toutefois le dépouillement gratuit qui constitue la donation peut s'effectuer autrement, notamment par la voie de la création d'une obligation. Ce qui entrera alors dans le patrimoine du donataire, ce sera une créance, et non un droit de propriété; mais il n'y en aura pas moins une acquisition qui devra être qualifiée donation. Or, toute acquisition revêtue de ce caractère étant soumise à des règles spéciales, c'est à bon droit que Justinien énonce cette proposition que la donation est *aliud genus acquisitionis.* Seulement, c'est bien a tort qu'on a prêté à cet empereur la pensée de vouloir présenter la convention de donner comme une manière propre d'acquérir la propriété, à l'instar de la tradition, de l'adjudication, etc.

Digitized by Google

12. L'hypothèse la plus grave, celle dont paraît surtout s'être préoccupé le législateur romain, était relative aux immeubles italiques, qui constituaient à coup sûr l'élément le plus important de la fortune d'un citoyen. Ici, on le sait, la tradition était impuissante, de même qu'à l'égard des autres *res mancipi*, pour consommer l'aliénation; il fallait un mode du droit civil. La mancipation, d'une exécution beaucoup plus simple que l'*in jure cessio*, suivant la remarque de Gaïus, *Comm.* II, § 25, était le procédé habituellement employé pour donner effet à la volonté des parties qui étaient d'accord, l'une pour transmettre, l'autre pour acquérir la propriété. Il suffisait de quelques paroles prononcées en présence de cinq témoins et du *libripens*, avec simulation d'un payement. De l'observation de ces formalités découlait un dépouillement immédiat, sans que l'aliénateur fût obligé d'abdiquer la possession. On tenait si peu compte de celle-ci qu'il était indifférent que la chose pût ou non être aussitôt appréhendée par l'acquéreur. Aussi était-il possible de faire une mancipation à quelque distance qu'on se trouvât de l'immeuble mancipé, et il était même permis d'en comprendre plusieurs dans la même mancipation (Gaïus, *Comm.* I, § 121; Ulp., *Reg.*, tit. XIX, § 6). Aux yeux de l'auteur de la loi Cincia, il était trop dangereux d'autoriser aussi rapidement une aliénation absolue, du moins quand elle avait lieu à titre gratuit. Peut-être le donateur a-t-il cédé à un moment d'entraînement et n'a-t-il pas assez réfléchi en se prêtant à jouer son rôle dans la mancipation. Il faut soumettre à une autre épreuve l'énergie de sa volonté. Qu'il consente à se dessaisir complétement, qu'il se prive non-seulement de la propriété, mais encore de la possession, en faisant tradition de l'immeuble au donataire. S'il se décide à rompre tous les liens qui l'unissaient à l'objet donné, si par la transmission de la possession il manifeste sa persévérance, il réitère alors en quelque sorte la donation. Cette fois, il ne recule pas devant l'acte le plus pénible, celui qui constate le mieux que la résolution est bien arrêtée, acte qui consiste à se séparer de ce que l'on avait. Désormais, le sacrifice sera accompli, la donation sera parfaite.

13. Tel fut le système imaginé par le tribun Cincius, et approuvé par les comices, au sujet des immeubles italiques.

Digitized by Google

Nous avons sur ce point les témoignages formels des §§ 310, 311 et 313, *Vat. Fragm.* N'y a-t-il eu, au contraire, qu'une mancipation : le donateur reste libre de se rétracter en repoussant, au moyen d'une exception, la revendication qui serait exercée par le donataire. De même, s'il n'y a eu qu'une tradition, le donateur n'a point suffisamment exprimé l'intention de se dépouiller, puisqu'il n'a pas fait ce qui était nécessaire pour perdre la propriété. Il demeure armé de la revendication, et peut écarter l'exception *rei traditæ*, grâce à une réplique fondée sur ce que la tradition a été faite *donationis causa*, contrairement à la loi Cincia. Mais qu'il y ait à la fois mancipation et tradition, sans que l'on doive s'attacher à l'ordre dans lequel les deux actes sont intervenus, il n'y aura plus moyen de revenir sur ce qui a été fait, et l'on dira que maintenant il y a *donatio perfecta*.

14. On voit qu'en définitive la barrière élevée par la loi Cincia contre les donations n'était point malaisée à franchir, du moins quand il s'agissait d'immeubles italiques. Malgré l'importance de ce qui était donné, malgré le peu de faveur que méritait le donataire, on arrivait à parfaire de suite la donation, pourvu que le donateur joignît une tradition à la mancipation. La réunion de ces deux actes était, il est vrai, nécessaire, et cette réunion aurait protégé sérieusement le donateur, si un intervalle eût dû les séparer. Ce qui garantit le mieux la libre volonté de la personne qui se dépouille à titre gratuit, c'est la manifestation réitérée de cette volonté, au bout d'un certain temps, alors qu'il y a eu possibilité de réfléchir, et d'apprécier mûrement les conséquences d'un acte qui a pu être obtenu par surprise. Celui qui a consenti trop facilement à faire une mancipation n'hésitera pas assez souvent, sous le coup des obsessions auxquelles il a cédé, à compléter la libéralité, au moyen d'une tradition qui est sollicitée sur-le-champ. S'il avait dû délibérer. et achever plus tard, froidement, l'œuvre commencée peut-être dans un moment d'entraînement, il aurait eu le loisir de mieux calculer ses intérêts, et de surmonter les émotions, grâce auxquelles il avait donné un premier consentement. N'est-ce point là le principal mérite de la formalité de l'insinuation, qui, dans le dernier état du droit romain, ouvrira une porte au repentir du donateur, lequel peut se refuser à accomplir cette

Digitized by Google

formalité, et destituer ainsi de toute gravité un acte fait avec légèreté, puisqu'il ne perdra tout au plus qu'une valeur modique? Rien de pareil dans le système de la loi Cincia, la mancipation et la tradition pouvant avoir lieu simultanément, ce qui à l'instant même entraînera la perfection de la donation.

15. Prenons garde toutefois qu'il ne suffit pas, pour procurer toute sécurité au donataire, qu'à la suite de l'acquisition de la propriété, résultant d'une mancipation, il ait obtenu l'avantage de la possession, quand cet avantage ne lui a pas été conféré par le fait du donateur, et ne dérive pas d'une tradition émanée de celui-ci. La loi Cincia exigeait une tradition, sans doute comme témoignage de la volonté persistante du donateur. Si la possession du donataire ne découle pas de cette source, elle sera impuissante à assurer l'irrévocabilité de l'acquisition. Le jurisconsulte Paul, dans la loi 5, § 2, *De dol. mal. exc.*, nous fournit une application de ces principes. Il y est question de la donation d'un immeuble, donation qui s'est effectuée indépendamment d'une tradition (*si donavi alicui rem, nec tradidero*), ce qui fait allusion à une mancipation non accompagnée de tradition. Cependant le donataire, en dehors de toute tradition, a trouvé moyen de se mettre en possession de l'immeuble à lui donné. Peut-être le donateur, après avoir mancipé, n'a-t-il pas osé dès le lendemain résister à une prise de possession spontanée; mais il s'est borné à tolérer les agissements du donataire, sans les autoriser par une adhésion formelle; en un mot, il n'y a pas eu, répète Paul, tradition de sa part (*non tradita possessione*). Dans cette situation, le donataire, qui sans doute interprète le silence du donateur comme une tradition tacite, se met à élever des constructions sur l'immeuble. Ces constructions achevées, le donataire ne veille pas à conserver la possession, et le donateur profite de cette négligence pour recouvrer en fait la possession (*et cum ædificaverit, nanctus sim ego possessionem*). Les choses étant ainsi, le donataire, pour ressaisir l'immeuble, recourt à la revendication, qui lui appartient, puisque une mancipation l'a investi de la propriété. Mais le donateur, qui est en possession, se trouve ainsi en mesure d'invoquer l'exception de la loi Cincia, exception qui, comme nous le verrons, était perpé-

Digitized by Google

tuelle. Il objecte que la donation n'était point *perfecta*, à raison du défaut de tradition, laquelle, suivant l'observation géminée de Paul, n'a j'amais été faite. D'après le jurisconsulte, cette objection triompherait, si le donateur n'avait à se reprocher d'avoir commis un dol, en laissant le donataire élever des constructions ; et c'est uniquement à raison de cette conduite déloyale que le donateur perdra le procès, sous le coup de la réplique de dol. Il lui suffirait donc, pour échapper aux conséquences de la réplique, de désintéresser le donataire au point de vue des dépenses qu'il a faites. En se comportant ainsi, il s'assurerait le bénéfice de la protection de la loi Cincia, en faisant reconnaître l'imperfection de la donation, imperfection tenant à ce que l'avantage de la possession que le donataire a eue quelque temps n'émanait pas d'une tradition qui fût l'œuvre du donateur.

16. Dans l'espèce prévue par Paul, le donateur qui avait mancipé et laissé en outre acquérir la possession au donataire, avait eu la chance de recouvrer la possession, ce qui lui a permis de jouer le rôle de défendeur dans la revendication. Sans cette circonstance heureuse, il n'eût trouvé aucune ressource dans les règles du droit romain, pour échapper au dommage résultant d'une donation restée cependant incomplète, faute de tradition. La voie de la revendication ne lui était point ouverte, puisqu'il s'était dépouillé de la propriété par une mancipation. Privé de l'avantage de la possession, il n'était pas en position de faire usage de l'exception *legis Cinciæ*, à propos d'une revendication inutile, et même impossible de la part du donataire qui se trouvait nanti. Quant à engager un débat sur la possession, celui-ci eût tourné au profit du donataire, l'interdit *uti possidetis* assurant le triomphe du plaideur qui possédait au moment de l'émission de l'interdit, en supposant toutefois que la possession n'était pas vicieuse à l'égard de l'adversaire. Mais pourvu que le donataire n'eût pas usé de violence envers le donateur pour se procurer la possession, qu'elle eût été appréhendée par des actes qui n'avaient pas été pratiqués de manière à échapper à la connaissance du donateur, ou qu'elle ne fût pas le résultat d'une concession révocable à volonté, c'est-à-dire, d'un *precarium*, suivant l'expression romaine, la situation du donataire était inexpugnable, bien que le dona-

Digitized by Google

teur n'eût point fait tout ce qu'exigeait régulièrement la loi Cincia pour constituer la donation parfaite d'un immeuble. Ceci est d'autant plus remarquable qu'en pareille hypothèse, comme nous aurons à le voir, les intérêts d'un donateur de meubles n'auraient pas été irrévocablement sacrifiés.

17. Il ressort de ce qui précède que le donateur d'un immeuble italique, qui s'était borné à faire la mancipation sans transmettre la possession, devait avoir soin de ne pas laisser acquérir au donataire l'avantage de la possession. Pour lui, la perte de la possession équivalait à la perte totale de son droit, à moins que le donataire, à son tour, ne se trouvât plus tard déchu de la possession, qui serait revenue au donateur. Singulier résultat de l'imperfection de la loi Cincia. Elle fait du donataire un propriétaire, qui ne peut pas revendiquer l'immeuble par lui acquis, si cet immeuble est resté au pouvoir de l'aliénateur ; elle autorise en même temps le donateur à conserver ce qu'il a aliéné, à la condition toutefois de continuer à le détenir. Le sort de l'immeuble dépend donc du point de savoir entre les mains de qui sera la possession. Cette circonstance, en général indifférente au point de vue de la question de propriété, sauf la charge de la preuve, prendra ici une importance décisive. La chose était grave, à raison des règles de la législation romaine, relatives à la conservation de la possession des immeubles. Dès que cette possession était perdue, sans que chez le nouveau possesseur l'acquisition fût entachée à l'égard de son adversaire de l'un des trois vices dont nous avons parlé, il devenait impossible de triompher au possessoire, l'interdit *uti possidetis* exigeant une possession actuelle. Cet inconvénient se trouva cependant atténué du jour où il fut admis que l'occupation d'un tiers, effectuée pendant l'absence temporaire de l'immeuble de la part de l'ancien possesseur, abstraction faite de toute négligence, ne ferait pas obstacle à la conservation de la possession jusqu'au moment où il y aurait connaissance de l'occupation survenue [1].

18. Dans l'hypothèse où l'imperfection de la donation tenait au défaut de mancipation, le donateur s'étant contenté de

[1] Voyez ce que nous avons dit sur ce point, *Théorie générale des interdits*, p. 288 et suiv.

Digitized by Google

faire tradition d'un immeuble italique, on se rappelle que le donataire pouvait être évincé par l'emploi de la revendication, sans qu'il y eût pour lui faculté d'user de l'exception *rei traditæ*, paralysée par une réplique fondée sur la loi Cincia. Toutefois, si la possession du donataire s'était prolongée assez longtemps pour qu'il y eût achèvement du délai de l'usucapion, ce mode d'acquisition ne pouvait-il être invoqué comme équivalent à une mancipation et suppléant à l'absence de celle-ci? Des textes positifs semblent bien autoriser à dire qu'on admettait en pareil cas l'efficacité de l'usucapion. C'est ce qui peut s'induire d'abord du § 259, *Vat. Fragm.*, où le jurisconsulte, à l'égard de *res mancipi* qui avaient été l'objet d'une donation, relève cette circonstance de fait que l'usucapion n'était pas accomplie au moment de la mort de la donatrice, ce qui n'aurait aucune signification si l'on devait écarter ici le jeu de l'usucapion. De même, le § 293, *ibid.*, à la suite d'une donation de *res mancipi*, signale l'usucapion comme pouvant amener l'irrévocabilité de la donation. Il est vrai que dans l'un et l'autre de ces fragments il n'est question que d'objets mobiliers. Mais on ne voit pas pourquoi le fonctionnement de l'usucapion, admis en matière de meubles, aurait été repoussé à l'occasion d'immeubles, sauf, bien entendu, la différence dans la durée de la possession. Ce système, d'ailleurs, garantit d'une façon très-suffisante les intérêts du donateur, qui avait deux années entières pour tirer parti du droit de revendiquer par lui conservé. Un silence aussi prolongé témoignait de sa part une persévérance dans la volonté de donner, d'où il était raisonnable de conclure à la perfection de la libéralité. Il ne faut pas oublier que l'esprit de la loi Cincia était, non pas d'interdire absolument les donations, mais seulement d'éviter qu'elles se fissent avec précipitation, en exigeant des actes qui affirmassent une intention bien arrêtée. Certes, on protégeait assez les intérêts du donateur, en lui ménageant pendant deux années la faculté de se rétracter, et il était juste de mettre à l'abri de toute inquiétude le donataire, qui, après une aussi longue épreuve, avait dû compter définitivement sur la conservation de l'immeuble qu'il avait reçu. Ici, du reste, il ne pouvait être question d'exception ni de réplique; le droit de revendiquer était éteint *ipso jure* dans la personne

Digitized by Google

du donateur, grâce à l'usucapion qui avait complété les effets de la tradition, et qui était équivalente à une mancipation.

19. Plaçons-nous maintenant dans le cas où la donation est restée imparfaite et où le donateur est en mesure de profiter de la loi Cincia, soit en reprenant par l'exercice de la revendication l'immeuble qu'il a livré et non mancipé, soit en retenant l'immeuble qu'il a livré et non mancipé, grâce à l'exception *legis Cinciæ*, qui tiendra en échec la revendication intentée par le donataire. On peut se demander si les moyens mis à la disposition du donateur n'avaient d'effet que pour lui assurer simplement une portion de la valeur de l'objet donné, en tant qu'il y avait excès sur le taux de la loi, et s'il était obligé de laisser au donataire ou de lui fournir, du moins, ce qui restait au-dessous de ce taux. Il est certain que, dans le dernier état du droit romain, le défaut d'insinuation ne fait obstacle à la validité de la donation que pour ce qui est supérieur à une valeur de 500 *solidi*, chiffre auquel Justinien a fini par s'arrêter pour exiger l'insinuation, si bien que la donation restant efficace pour partie, malgré l'absence d'insinuation, il pouvait y avoir entre le donateur et le donataire une indivision, dont l'empereur a réglé les conséquences par la Constitution 34, § 2, *De donat.* Certains auteurs enseignent aujourd'hui qu'il en était de même sous l'empire de la loi Cincia, et ils invoquent en ce sens un texte de jurisconsulte Celsus, la loi 21, § 1, D., *De donat.*, qui, en effet, parle d'une rescision bornée à ce qui est *supra legis modum*. Nous ne faisons aucune difficulté d'adhérer à la doctrine contraire de notre judicieux collègue M. Accarias[1], qui voit dans la loi 21 une interpolation ayant pour but de faire concorder avec la théorie de l'insinuation les prescriptions de la loi Cincia. Si l'on reste fidèle à l'idée qui semble bien avoir servi de base à ces prescriptions, c'est-à-dire prohiber les donations dépassant un certain taux, pour lesquelles il n'y avait pas, d'après le procédé employé par le donateur, certitude d'une intention bien réfléchie de donner, il est clair que la présomption de cette certitude étant attachée à l'emploi de telles formes, il est inconséquent, en l'ab-

[1] *Précis de droit romain*, t. I, 2e éd., p. 710.

Digitized by Google

sence de l'observation de ces formes, de tenir la volonté du donateur comme certaine pour partie et incertaine pour le surplus. Aussi, M. Accarias fait-il remarquer avec raison que les compilateurs de Justinien ont omis de corriger un texte de Paul, que nous avons eu occasion de citer, la loi 5, § 2, *De dol. mal. et met. exc.*, texte qui prouve bien que le donateur, en remboursant les dépenses de construction pour échapper à la réplique de dol, aurait eu la faculté de retenir l'intégralité de ce qu'il a donné.

20. La portée de l'exception, qui était le mode ordinaire par lequel se produisaient les effets de la loi Cincia, paraît avoir donné lieu à controverse entre les jurisconsultes romains. Il n'était douteux pour personne que cette exception ne fût perpétuelle, caractère signalé par Ulpien, § 266, *Vat. Fragm.* Qu'importe le temps écoulé depuis qu'il y a eu expression incomplète de la volonté de donner? Le temps ne saurait, à lui seul, corroborer cette volonté; le donateur, qui continue à posséder, quand il s'est borné à une mancipation, n'a pas besoin de se plaindre pour s'exonérer des conséquences d'une mancipation demeurée en fait inoffensive[1]. On se conformait également au véritable but de la loi Cincia, en accordant le bénéfice de l'exception aux ayants cause du donateur, même à titre particulier. L'objet donné imparfaitement n'étant pas, en réalité, sorti du patrimoine du donateur, il devait pouvoir disposer de cet objet et transmettre ses droits à un autre. S'il a mancipé *donationis causa* un immeuble italique, dont il a conservé la possession, il lui sera loisible d'en faire tradition à un acheteur, par exemple; et il est naturel de permettre à ce dernier de repousser la revendication du donataire, au moyen de l'exception qui compétait à son auteur, dont il représente aujourd'hui les intérêts en cette partie. Y a-t-il eu simplement tradition *donandi causa:* ce sera par la voie d'une mancipation que le donateur

[1] Rappelons-nous que, au cas de tradition non accompagnée de mancipation, le silence du donateur lui deviendrait préjudiciable, s'il laissait accomplir l'usucapion; et nous en avons indiqué le motif, n° 18. Il ne faudrait pas en conclure qu'il y ait alors échec à la perpétuité de l'exception; seulement les faits sont tels qu'ils ne se prêtent pas au fonctionnement d'une exception.

Digitized by Google

devra investir de la propriété le nouvel acquéreur; et celui-ci sera fondé à assurer le succès de sa revendication, en opposant une *replicatio legis Cinciæ* à l'exception *rei donatæ et traditæ*, qui serait invoquée par le donataire.

21. Devait-on aller plus loin et concéder à toute personne qui aurait avantage à le faire la faculté de se prévaloir de l'invalidité de la donation, quand même il n'existerait entre elle et le donateur aucun rapport juridique? Selon le témoignage d'Ulpien, § 266, *Vat. Fragm.*, cette doctrine aurait été celle des Proculéiens, qui admettaient quiconque (*etiam quivis*) à invoquer l'exception *legis Cinciæ*, comme si cette exception eût été populaire (*quasi popularis sit hæc exceptio*). Il est impossible de se servir d'expressions plus larges pour indiquer l'accès à tous de cette exception, sous la condition, bien entendu, qu'il y aura à cela un intérêt ouvert. Ainsi, après avoir mancipé à un donataire un immeuble italique, dont il n'a pas fait tradition, le donateur n'a pas su conserver la possession, qu'il ne peut pas recouvrer par la voie des interdits; mais cette possession a été appréhendée par un autre que le donataire. L'école Proculéienne aurait donc condamné, en pareil cas, à demeurer impuissant le droit de revendication que conférait au donataire la mancipation, ce qui, assurément, est peu conforme aux sentiments du donateur, lequel doit préférer à un étranger celui qui a obtenu de sa part un témoignage de libéralité, dont l'exécution ne saurait être entravée qu'en faveur d'un intérêt désormais hors de cause. C'était là une interprétation exagérée de la loi Cincia, méconnaissant la pensée qui avait dicté ses prescriptions. Aussi voyons-nous que Celse, bien qu'il appartînt à la secte des Proculéiens, n'avait pas suivi à cet égard l'opinion de son école, puisque dans la loi 21, § 1, *De donat.*, il refuse au débiteur délégué *donationis causa* la faculté de repousser l'action du délégataire au moyen de l'exception *legis Cinciæ*.

22. Au surplus, le véritable esprit de la loi Cincia, qui était de prémunir le donateur contre des libéralités précipitées, finit par triompher, ce qui est attesté d'une manière assez nette par la condition qui fut faite aux héritiers du donateur relativement à l'application de cette loi. Sans doute, on ne leur déniait pas, en principe, la faculté d'en invoquer le bénéfice. La volonté du donateur étant restée incomplète,

Digitized by Google

puisqu'il a mancipé sans livrer, ou livré sans manciper, ses héritiers succèdent naturellement aux droits de leur auteur pour retenir ou reprendre l'immeuble qui n'a pas été régulièrement aliéné. Mais il est possible que le donateur n'ait reculé que par égoïsme devant l'achèvement de la libéralité commencée. Après avoir mancipé, il a conservé la possession. Toutefois, il est certain que c'est uniquement dans son intérêt qu'il a suspendu l'exécution de la donation, et peut-être le donataire est-il en mesure de prouver que le donateur a déclaré qu'après sa mort les héritiers devaient laisser le donataire se mettre en possession. Dans ces circonstances, l'exception de la loi Cincia sera paralysée par une réplique de dol mise à la disposition du donataire. Cette doctrine, qui, vraisemblablement, eut quelque peine à prévaloir, fut consacrée par un rescrit de l'Empereur Sévère, dont fait mention Ulpien au § 266, *Vat. Fragm.*, rescrit confirmé par Dioclétien, aux termes du § 312, *ibid.* Il y avait donc, à la suite d'une donation entre-vifs demeurée imparfaite (mancipation sans tradition), quelque chose d'analogue à une donation *mortis causa.* Le donateur est toujours libre de disposer de l'avenir de la donation. Bien qu'il se soit abstenu de se dépouiller en fait de son vivant, il peut ne pas avoir renoncé à gratifier le donataire; et s'il meurt, ayant manifesté en dernier lieu l'intention qu'il soit donné effet à sa libéralité, il emporte avec lui la faculté de se rétracter. On arriva, par conséquent, à entendre la loi Cincia comme ayant pour but surtout de protéger les intérêts du donateur, et l'on exprima ce point de vue, en disant : *Morte Cincia removetur*, § 259, *Vat. Frag.*

23. Il faut toutefois se garder de prendre à la lettre cet adage : *Morte Cincia removetur*, et s'imaginer qu'une fois le donateur mort, il ne peut plus être question, au profit des héritiers, d'invoquer les dispositions de la loi Cincia. L'exception dérivant de cette loi n'a jamais été considérée comme *personæ cohærens*, et se transmet, au contraire, héréditairement, selon le témoignage d'Ulpien, au § 266. Il se peut que le donateur, après avoir cédé trop facilement à la pensée de faire une libéralité qu'il n'a pas consommée, ait abjuré complétement ce projet. Quand il a conservé toute sa vie l'immeuble qu'il avait mancipé à titre gratuit, ou qu'il n'a donné

Digitized by Google

aucune suite à une promesse faite *donationis causa*, la présomption raisonnable est qu'il a définitivement abdiqué ses idées de libéralité, de telle sorte que ses héritiers sont parfaitement fondés à repousser les prétentions du donataire, comme leur auteur eût pu le faire de son vivant. La réplique concédée au donataire en conflit avec les héritiers ne lui appartient pas d'une manière absolue; sinon, comme nous l'avons fait observer ailleurs[1], il y aurait complication puérile à donner une exception qui devrait être, à coup sûr, écartée par une réplique. On ne doit pas oublier qu'au point de vue de la réplique, le demandeur reprend le rôle d'*actor*, et que c'est à lui qu'incombe la charge de la preuve. La réplique dont il s'agit ne sera efficace qu'autant qu'il sera démontré par le donataire que les héritiers commettent un dol, lequel consisterait de leur part à méconnaître la dernière volonté de leur auteur. Pour réussir, il sera donc nécessaire au donataire d'établir qu'au moment de son décès le donateur était dans l'intention que la libéralité reçût son exécution. *Imperfectam* (*donationem*) *perseverans voluntas per doli mali replicationem confirmet*, selon les termes d'une Constitution de Dioclétien, § 312, *Vat. Fragm.*

24. Indépendamment des immeubles italiques, l'objet d'une donation pouvait encore porter sur un immeuble, savoir sur un immeuble provincial. Ce genre de donation resta complétement en dehors des prévisions de la loi Cincia, qui n'avait rien à faire en cette matière. Il n'y avait alors d'autre moyen de transférer entre-vifs la propriété, en tant du moins qu'un transport de propriété était possible, que l'emploi de la tradition, tous les modes du droit civil étant étrangers aux immeubles provinciaux, pour lesquels on n'admettait même pas, à l'époque classique, qu'une propriété véritable existât au profit des particuliers. On ne pouvait songer à exiger, en outre de la tradition, une mancipation, qui eût été sans valeur; et dès lors on décida que pour les immeubles provinciaux il n'y aurait à tenir aucun compte de la distinction entre personnes exceptées ou non, et qu'à l'égard de tous la donation serait immédiatement

[1] *Obligations naturelles en droit romain*, p. 71.

Digitized by Google

parfaite, grâce uniquement à une tradition, seul procédé d'aliénation applicable. C'est ce qui est attesté par les §§ 293 et 313, *Vat. Fragm.* L'oubli dans lequel furent laissés les immeubles provinciaux s'explique par le peu d'importance qu'on attachait à cette partie de la fortune, qui, sans doute, surtout au VIe siècle de Rome, était considérée comme précaire, et susceptible de révocation arbitraire dans l'intérêt de l'État. Il en était encore probablement ainsi sous Auguste, qui ne jugea nécessaire de placer sous la protection de la loi Julia que les immeubles dotaux italiques. Le langage de Gaïus, *Comm.*, II, § 63, témoigne que de son temps on commençait à s'inquiéter de cette partie du patrimoine, puisqu'il nous apprend qu'on agitait la question de savoir si la loi Julia ne devait pas être appliquée à ces immeubles. Il paraît que ces scrupules ne prévalurent point, puisqu'il fallut, pour autoriser cette extension, une Constitution de Justinien, Constitution assez inutile, du reste, à une époque où l'assimilation de tous les éléments du territoire de l'Empire romain devint une règle générale.

25. En résumé, les mesures établies par la loi Cincia, pour la réglementation des donations qui s'effectueraient par l'aliénation d'immeubles, ne constituaient qu'une prohibition fort incomplète, et n'apportaient à l'affaire que des entraves faciles à éviter. Pleine liberté était laissée pour les immeubles provinciaux, et, quant aux immeubles italiques, l'adjonction d'une tradition à la mancipation permettait de consommer de suite irrévocablement l'aliénation. De plus, la tradition, non accompagnée de mancipation, ne fournissait pas moins une *justa causa possidendi*, et ouvrait la voie à l'usucapion.

26. Si nous passons maintenant à l'hypothèse où l'aliénation à titre gratuit avait pour objet des meubles, nous sommes étonné de voir qu'il y avait alors un excès de sévérité, en vue d'empêcher la perfection de la donation. Cette opération se présente, non pas seulement comme gênée, rendue difficile ; en réalité, elle devient impossible, au moins d'une façon *actuelle*, en dépit de la volonté bien accusée de celui qui se dépouille, et malgré l'emploi des précautions qu'on jugeait suffisantes pour mettre à l'épreuve la fermeté de

Digitized by Google

l'intention du donateur alors qu'il s'agissait d'immeubles. Avant d'essayer d'expliquer cette contradiction, il faut voir comment, à l'égard des *personæ non exceptæ*, au-dessus du taux, resté un mystère, la perfection de la donation pour les meubles était chose impraticable *à priori*, et renvoyée *in futurum*.

27. Les meubles se divisant en *res mancipi* et *res nec mancipi*, la tradition suffisait à l'égard de ces dernières pour réaliser complétement leur aliénation. Quant aux *res mancipi*, considérées selon l'expression de Gaïus, *Comm.* I, § 193, comme formant les *res pretiosiores*, la tradition était impuissante à consommer entièrement l'aliénation. On exigeait, pour la translation du *dominium ex jure Quiritium*, une mancipation, ou l'emploi d'un autre mode du droit civil, tel que l'*in jure cessio*, celle-ci fonctionnant, selon le langage d'Ulpien (*Reg. tit.*, XIX, § 9), comme *communis alienatio et mancipi rerum et nec mancipi*. Quand il était question de se dépouiller irrévocablement de meubles à titre gratuit, ces règles étaient mises de côté, sans se préoccuper du point de savoir si les choses étaient *mancipi* ou non. En vain y aurait-il eu, pour des meubles *nec mancipi*, tradition et *in jure cessio*, le donataire investi de la propriété et de la jouissance n'était pas assuré de conserver les choses données, tant qu'il n'était pas en mesure de se prévaloir d'une possession assez longue pour que, dans l'année où le conflit s'élevait, cette possesion eût plus de durée que celle du donateur. Or, habituellement celui qui donne des meubles, les possédera depuis longtemps, de telle sorte que le donataire ne sera qu'au bout de six mois à l'abri d'une éviction. Telle était la théorie de la législation romaine, en matière de donation de meubles, théorie énoncée nettement au § 311, *Vat. Fragm.* : « *In rebus mobilibus, etiamsi traditæ sint, exigitur ut et interdicto Utrubi superior sit is cui donata est, sive mancipi mancipata sit, sive nec mancipi tradita.* » Elle se trouve développée au § 293, *ibid.*, où l'on voit que, pour des meubles livrés et mancipés *donationis causa*, la faculté de les reprendre compète au donateur, tant qu'il n'a pas laissé dans l'année acquérir au donateur une possession supérieure en durée à la sienne.

28. Remarquons que ce droit de ressaisir la possession des meubles mancipés et livrés n'est pas rapporté directement

Digitized by Google

à quelque disposition précise de la loi Cincia, à l'instar de ce qui se passait quand il y avait eu mancipation d'un immeuble, cas où une exception, dite *legis Cinciæ*, paralysait la revendication, de même que la promesse faite *donandi causa* restait inefficace en vertu de la même exception. On invoque seulement les principes qui servaient à régler le débat sur la possession des meubles, *propter ejusdem interdicti potestatem*, dit le § 293, *Vat. Fragm.* Il est, en effet, bien invraisemblable que, si l'ensemble des règles encore en vigueur à l'époque classique sur la perfection des donations avait été entièrement organisé lors de l'émission du plébiscite, son auteur se fût arrêté à un système aussi bizarre que celui qui, tout en laissant assez facile la consommation de la donation des immeubles, aurait réservé toutes ses rigueurs pour tenir si longtemps en suspens les effets de la donation des meubles. Je suis persuadé que le tribun Cincius n'a nullement à supporter la responsabilité d'une conception aussi peu rationnelle. Il ne s'était sans doute préoccupé que des modes habituels de réaliser une donation, c'est-à-dire la mancipation ou la promesse. Il avait cru faire assez en mettant le donateur à l'abri d'une action, si toutefois il lui convenait d'invoquer l'exception qui lui était offerte, les actes accomplis *donationis causa* ne devant pas être considérés comme nuls *ipso jure*. Son attention ne s'était pas portée au delà; mais les jurisconsultes s'efforcèrent de suppléer à l'imperfection de la loi, de manière à étendre sa portée originaire, ce à quoi ils ne réussirent pas toujours. C'est ainsi qu'à côté de l'inertie dont était frappée, grâce à une exception, la réponse faite à une stipulation, on tînt toujours pour valable l'adhésion à une acceptilation, eût-elle été faite à titre gratuit, pour une somme quelconque, au profit d'une personne non exceptée. Cincius n'avait pas songé probablement à cette manière de pratiquer une donation, et les Prudents ne trouvèrent aucune règle de droit pour amortir les effets de l'acceptilation. Ils s'emparèrent, au contraire, des règles relatives à la possession des meubles, pour en faire une application qui permît de mettre en jeu l'exception de la loi Cincia, en contraignant le donataire à prendre le rôle de demandeur dans la revendication.

29. On a essayé de reconstruire le plan de Cincius, en disant que son idée était celle-ci : Il voulait, pour la perfection

Digitized by Google

d'une donation, que le donateur eût rompu absolument tous les liens qui l'unissaient à l'objet donné. Du moment où il s'y rattachera encore de quelque façon, on lui permettra d'invoquer les moyens qui lui restent pour prévenir un plein dessaisissement, moyens qui lui appartiennent à raison de sa qualité de donateur, tandis qu'ils lui seraient interdits dans le cas où il aurait disposé à titre onéreux. C'est ainsi que, s'il s'est borné à manciper, il conserve l'avantage de la possession dans lequel il se maintiendra par la voie d'une exception; que s'il a seulement livré une *res mancipi*, il est demeuré investi du *jus Quiritium*, et il écartera l'exception *rei traditæ* en s'appuyant sous forme de réplique sur cette circonstance que la tradition a été faite *donandi causa*. Pareillement, il a eu beau abdiquer la propriété par une mancipation, et se dénantir par une tradition, la possession n'est pas entièrement perdue pour lui, s'il s'agit de meubles, grâce aux règles spéciales de l'interdit *Utrubi*. Pendant six mois encore, il est en position de triompher au possessoire; et quand une fois il aura recouvré en fait la possession, il n'aura pas à craindre la revendication, contre laquelle le protégera l'exception *legis Cinciæ*.

30. Il m'est impossible d'admettre qu'un législateur, qui a le droit de commander et de dicter des préceptes, adopte de propos délibéré un système vague, mal défini, laissant marcher à l'aventure les donations, qui trébucheront ou non, suivant qu'elles rencontreront ou éviteront l'obstacle de quelque règle de droit, s'agît-il d'une règle abolie en général, mais qu'on devra dans l'occasion faire revivre en haine d'un donataire. Je l'ai dit plusieurs fois, l'idée de la loi Cincia est que les donations ne se fassent pas à la légère, et qu'il y ait volonté ferme de se dépouiller. Je suis d'accord que cette loi exigeait un plein dessaisissement; et c'est avec raison qu'on a proposé de faire remonter jusqu'au VIe siècle de Rome la fameuse maxime : *Donner et retenir ne vaut*. Mais il y a des bornes au plein dessaisissement; et quand le donateur s'est dessaisi de la propriété et de la possession, je ne vois point de quoi il lui reste à se dessaisir. Dans les deux premières hypothèses indiquées au numéro précédent, où la donation est imparfaite, je n'ai pas de peine à comprendre comment l'expression de la volonté laisse à désirer. Celui qui mancipe

Digitized by Google

une *res mancipi* et ne la livre point, perd la propriété et retient la possession; il n'est pas allé jusqu'au bout du sacrifice. De même, celui qui livre une *res mancipi* et ne la mancipe point, abandonne la possession et retient la propriété, de sorte qu'il n'a pas accompli tout ce qu'exige le dépouillement. Mais quand il y a eu à la fois mancipation et tradition, on est arrivé à la fin du dessaisissement. Que faut-il donc faire de plus? Si tout est consommé alors qu'il est question d'un immeuble, si l'on tient désormais la volonté pour bien assurée, je ne puis concevoir qu'on interprète autrement les mêmes faits, parce qu'ils s'appliqueront à des meubles.

31. On a dit encore que, d'après la loi Cincia, le donataire devait être en position d'éviter tout conflit avec le donateur, sans quoi il lui était interdit d'opposer la donation au donateur, ce dernier pouvant fouler aux pieds toutes les règles de droit devant lesquelles il devrait s'incliner, s'il se trouvait en présence d'un autre adversaire. Il y a dans ce point de vue une trop grande portée donnée à une proposition qui n'est exacte qu'autant qu'il s'agit d'une donation incomplète, mais qu'il faut se garder d'étendre à la *donatio perfecta*. Un immeuble italique a été mancipé et livré à un donataire; puis, par la négligence de celui-ci ou de ses gens, la possession a été perdue, et cette possession est revenue au donateur. Nul doute que la revendication ne soit fondée, et que le donataire ne puisse, pour prouver son droit de propriété, invoquer la donation qu'il opposera ainsi efficacement au donateur. Cependant, l'un des liens qui avaient été rompus, la possession, se trouve rétablie, et le donateur au moment du procès se rattache à l'immeuble par la possession. Seulement, comme il y a eu donation parfaite, le titre d'acquisition a autant d'énergie que si l'acquisition avait été faite à titre onéreux, et la possession doit céder la place à une propriété régulièrement constituée.

32. Il nous reste à voir comment les jurisconsultes romains faussèrent la véritable fonction de l'interdit *Utrubi*, afin de ménager un triomphe au donateur de meubles, nonobstant la mancipation et la tradition qu'il avait faites. Il n'y a là qu'une subtilité, désavouée par le bon sens, et pour laquelle, à notre gré, la seule explication à fournir doit être demandée

Digitized by Google

au peu de faveur avec lequel étaient vues à Rome les donations, tendance d'esprit déjà révélée par la doctrine d'une école qui avait essayé de rendre *popularis* l'exception *legis Cinciæ*.

33. A l'égard des meubles, la législation romaine ne distinguait point, comme elle le faisait pour les immeubles, deux sortes d'interdits : les uns *retinendæ*, les autres *recuperandæ possessionis causa*. Un seul et même interdit, l'interdit *Utrubi*, suffisait à remplir ces deux buts, en raison de cette règle qu'ici le succès était assuré à celle des deux parties qui avait possédé plus longtemps que son adversaire dans l'année qui précédait l'émission de l'interdit. Il n'était donc pas nécessaire pour triompher d'avoir en fait l'avantage de la possession *interdicti tempore*, cas où celui qui était troublé dans sa possession réussissait à maintenir le *statu quo* et à conserver la possession. Il pouvait très-bien arriver que le plaideur qui n'avait pas la possession effective d'un meuble *interdicti tempore*, gagnât son procès contre le possesseur actuel; et dans cette hypothèse l'interdit *Utrubi* aboutissait positivement au recouvrement de la possession. Néanmoins, l'usage prévalut de qualifier indistinctement cet interdit comme étant *retinendæ possessionis*, sans doute par suite de cette idée, énoncée notamment dans la loi 17, *pr.*, D., *De adq. vel amitt. poss.*, que la possession ne doit pas être considérée comme perdue, tant qu'il existe un moyen de la recouvrer.

34. Cette observation, exacte au point de vue de la situation juridique, ne peut pas détruire l'état réel des choses, d'après lequel la possession, qui consiste dans la faculté d'agir à son gré sur un objet, ne saurait exister pour celui auquel manque l'exercice de cette faculté; et il est impossible de ne pas reconnaître l'avantage actuel de la possession au plaideur qui s'en trouve nanti. Celui-là aussi a bien la possession, puisque le juge doit comparer entre elles deux possessions; et que cet avantage ne peut appartenir *in solidum* à deux posseseurs à la fois. Seulement, l'une des possessions l'emportant sur l'autre par sa durée, c'est celle-là qui aura la supériorité.

35. Quant au motif qui avait fait accorder un interdit *retinendæ possessionis* à celui qui ne possédait plus maintenant un meuble, de sorte que le droit à la possession survivait à

Digitized by Google

la perte du fait de la possession, tandis qu'à l'égard des immeubles il y avait nécessité de recourir à un interdit *recuperandæ passessionis*, cette différence s'explique par cette considération que, pour un immeuble, comme par sa nature il n'est pas susceptible de déplacement, il est toujours facile à un homme vigilant d'en garder la possession par lui ou les siens, ou d'acquérir une voie de recouvrement contre ceux qui auraient fait cesser cet état de choses. A l'égard des meubles, celui qui les possédait hier peut très-légitimement ignorer aujourd'hui où ils se trouvent; et il est fort excusable de ne pas être en mesure de pouvoir continuer à exercer l'avantage de la possession. On jugea donc nécessaire d'établir pour les meubles une revendication de la possession, qui permît de recouvrer la chose à titre de possesseur, sans s'engager dans un débat sur la propriété; et l'on a vu dans quelles limites était circonscrite cette faculté.

36. Si l'on se rend bien compte des motifs qui ont fait attribuer à l'interdit *Utrubi* la portée qui lui appartient, il est clair que cet interdit ne doit pas, en principe, pouvoir être invoqué utilement par celui qui, volontairement et de son plein gré, s'est dépouillé lui-même de la possession, sans quoi il n'y aurait plus de tradition sérieuse pour les meubles. On ne saurait douter que là où la perte de la possession est l'œuvre de celui qui en était nanti, et qui a eu l'intention de la transmettre, ce serait nier l'efficacité de l'acte intervenu que d'autoriser le *tradens* à se faire restituer la chose, tant que six mois ne seront pas écoulés. Un vendeur, par exemple, qui après avoir exécuté le contrat tenterait d'user de l'interdit *Utrubi* pour dépouiller l'acheteur, échouerait incontestablement, par l'emploi de l'exception de dol, qui serait ici l'exception *rei venditæ et traditæ*.

37. Comment se fait-il que le donataire de meubles, quand il les tient de la main du donateur, ne puisse pas invoquer une exception pour échapper à l'interdit *Utrubi?* La tradition qui a suivi la donation l'a certainement investi de la possession; et nous avons vu que cette possession pouvait servir de base à l'usucapion. Pourquoi reste-t-elle sans valeur à l'encontre de celui qui l'a créée, tant qu'elle ne dépasse pas en durée, dans le cours de l'année, celle qu'avait précédemment celui qui en est l'auteur? A notre avis, l'application

Digitized by Google

fructueuse de l'interdit *Utrubi* ne peut se justifier qu'à l'occasion des meubles *mancipi*, qui ont été simplement l'objet d'une tradition *donationis causa*, sans qu'il y ait eu en outre une mancipation[1]. En pareil cas, la volonté de donner est incomplète, et malgré l'exécution partielle qu'il a faite, le donateur ne doit pas être lié. Oui, partout où la donation est imparfaite, le donateur n'est pas plus dépouillé de l'avantage de la possession par la tradition non corroborée d'une mancipation qu'il n'est dépouillé de la propriété par une mancipation non accompagnée de tradition. Dans cette situation, le donateur est fondé à dire que la donation ne peut pas lui préjudicier. Mais, quand il s'agit d'une donation parfaite, quand l'intention de se dépouiller a été exécutée par des actes suffisants pour entraîner l'aliénation irrévocable des immeubles de la plus haute valeur, je ne comprends plus que le donateur soit autorisé, s'il s'agit de meubles, à prétendre qu'il n'a pas assez manifesté la volonté de donner.

[1] Il n'y a pas, à nos yeux, témérité à conjecturer que la loi Cincia n'avait point posé une règle spéciale uniquement pour la perfection de la donation relativément aux immeubles italiques. Elle avait sans doute déterminé les conditions de cette perfection, en les restreignant aux éléments importants du patrimoine, aux *res mancipi*, c'est-à-dire aux *res pretiosiores*. Elle exigeait qu'il y eût alors réunion de la mancipation et de la tradition, sans distinguer probablement entre les immeubles et les meubles. De même qu'un immeuble italique livré *donationis causa* et non mancipé, pouvait être revendiqué, si l'usucapion ne venait pas protéger le donataire, de même, pour des meubles *mancipi* livrés au même titre et non mancipés, la revendication restait ouverte pendant un an, ce qui donnait encore plus de latitude que l'usage de l'interdit *Utrubi*. Seulement, cette dernière voie était plus commode que la revendication, en ce qu'elle dispensait de prouver la propriété; et c'est ce qui fait que nous la trouvons mentionnée à cette occasion. Nous ne voyons pas, en effet, pourquoi, s'il était trop tard pour recourir à l'interdit, le donateur des meubles *mancipi*, qui les aurait livrés sans les manciper, n'aurait pas pu se prévaloir du *dominium* qui lui était resté, en écartant l'exception *rei traditæ* par une réplique tirée de la loi Cincia. — Quant aux meubles *nec mancipi*, l'auteur du plébiscite vraisemblablement ne s'en était pas plus occupé que des immeubles provinciaux. Qu'aurait-il fallu ici ajouter à la tradition pour consommer l'aliénation? La mancipation était inapplicable, et l'*in jure cessio* n'aurait opéré que ce qui était déjà fait par la tradition. Mais une fois que la ressource abusive de l'interdit *Utrubi* eut permis de reprendre six mois durant les meubles *mancipi* livrés et non mancipés, on comprend qu'il ne dût pas être fait grâce de l'exercice de la même faculté pour les meubles *nec mancipi* qui avaient été livrés.

Digitized by Google

38. En dernière analyse, je ne puis voir dans l'application de l'interdit *Utrubi,* nonobstant la solennité de la mancipation et l'épreuve de la tradition, qu'un expédient imaginé par les jurisconsultes romains, peu enclins à favoriser les donations, et j'estime que la légitimité de cet expédient ne peut pas échapper à la censure d'une critique philosophique. Il me répugne d'attribuer à un plan législatif cette bizarrerie que les formalités, bonnes pour la perfection de la donation des immeubles, resteront sans valeur pour la perfection de la donation des meubles. On arriverait ainsi à ce résultat que depuis la loi Cincia les donations de meubles, au-dessus d'un taux que je ne cherche pas à déterminer, étaient devenues absolument impossibles. Dire, en effet, qu'une donation est valable au bout de six mois, s'il plaît au donateur de ne pas se rétracter, c'est au fond dire qu'il n'y a pas donation actuelle. La législation romaine offrirait donc cette singularité qu'on pourrait immédiatement se dépouiller irrévocablement de ses immeubles à titre gratuit, mais que pour les meubles la chose ne serait possible qu'à six mois d'échéance, sous la condition d'une exécution persévérante et sans repentir durant tout ce temps. Il y a là une bizarrerie, qui peut bien être signalée comme une curiosité, mais qui à coup sûr n'est pas faite pour constituer un des titres du droit romain à l'admiration de la postérité.

MACHELARD,

DES POUVOIRS ET DE LA RESPONSABILITÉ

DE LA CHAMBRE SYNDICALE DES AGENTS DE CHANGE.

Par M. Ch. Fliniaux, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

I. — *Documents législatifs.*

Le nombre toujours croissant des valeurs mobilières et l'importance des transactions sur les fonds publics ont eu pour résultat non-seulement d'empêcher les Agents de change de Paris de s'occuper de toutes les fonctions commerciales pour lesquelles ils avaient été institués, et de limiter leurs

Digitized by Google

fonctions aux négociations des valeurs de Bourse, mais encore d'attribuer à la Chambre syndicale des Agents de change une autorité et une prépondérance de plus en plus grandes pour la réglementation de ces opérations.

La jurisprudence n'avait point encore eu à se prononcer, sur la nature et l'étendue de ces pouvoirs; deux arrêts de Cassation que nous examinerons plus loin viennent de donner sur ce point des solutions d'autant plus importantes que c'est de règlements faits par elle-même que la Chambre syndicale tire ses prérogatives.

En effet, il n'existe pas de loi complète sur la réglementation des opérations de Bourse; cependant la création des courtiers de commerce remonte au règne de Charles IX en 1572, époque à laquelle le commerce de l'or, de l'argent, des billets et des marchandises cessa d'être libre, et le nom d'Agent de change a été employé dès 1639 par opposition à celui de courtier de commerce.

Les textes de lois sur l'institution elle-même ne manquent point; ils sont même très-nombreux, mais ils sont généraux, et ne font que déterminer les attributions. Ainsi un édit de décembre 1705, sous Louis XIV, chargea les Agents de change « de contribuer à soutenir les finances et faire fleurir le « commerce ». C'est en raison de cette mission d'intérêt général que l'ancien régime admit toujours que ces fonctions ne dérogeaient point à la noblesse. Un arrêt du Conseil du 24 septembre 1724 ordonna que « toutes les négociations « de lettres de change, billets au porteur ou à ordre, mar- « chandises, papiers commerçables et autres effets se fe- « raient à la Bourse ». Un arrêt du Conseil de 1785 fit défense aux Agents de change « de coter à la Bourse d'autres effets que les effets royaux ». Un arrêt du Conseil de 1786 contre l'agiotage limita à deux mois les marchés à terme.

La loi du 17 mai 1791, en proclamant la liberté illimitée de toutes les professions, supprima par cela même les charges d'Agents de change. La fonction fut rétablie par la loi du 28 vendémiaire an IV, qui laissa le choix des nominations au Comité de salut public et des finances, et, sous la Convention, la loi du 28 ventôse au IX imposa le cautionnement.

Un arrêté du 27 prairial an X détermina le mode de constatation des ventes et achats; quant au Code de commerce

Digitized by Google

de 1807, il ne fit, dans l'article 74, que reconnaître l'institution et promettre, dans l'article 90, un règlement qui n'a jamais été donné.

La loi qu'on considère comme la loi fondamentale est la loi de Finances du 28 avril 1816, qui rétablit la vénalité des offices en permettant aux titulaires de présenter leur successeurs, augmenta le chiffre du cautionnement et mit la compagnie des Agents de change de Paris dans les attributions du ministre des Finances où elles sont encore, tandis que les Agents de change des autres places ont toujours été dans les attributions ou du ministre du Commerce ou du ministre de l'Intérieur. Enfin la loi du 2 juillet 1862 leur permit de s'adjoindre des bailleurs de fonds intéressés.

Aux termes des lois en vigueur, ces fonctions confèrent aux titulaires le droit exclusif : de faire les négociations d'effets publics et autres susceptibles d'être cotés, d'opérer pour le compte d'autrui les négociations des lettres de change, billets et papiers commerciaux et d'en constater le cours. Ils peuvent, concurremment avec les courtiers en marchandises faire les négociations et le courtage de ventes ou achats de matières métalliques, et ils ont seuls le droit d'en constater le cours.

S'ils remplissaient en réalité ces fonctions multiples, ce seraient de véritables notaires de commerce chargés de donner l'authenticité aux conventions commerciales. Mais si tel a été le but de l'institution, en pratique il a été peu à peu modifié. L'importance des spéculations sur les effets publics a pris une telle extension que les Agents de change de Paris ont complétement laissé de côté leurs autres fonctions commerciales pour s'occuper exclusivement des valeurs de Bourse.

Au nombre de soixante, ils ont à leur tête une Chambre syndicale composée de sept membres élus tous les ans par l'Assemblée et un Syndic qui en est le président. Cette Chambre a pour mission, non-seulement de veiller à la discipline intérieure et de conserver les prérogatives de la Compagnie, mais encore de présider aux opérations de Bourse; elle désigne quelles sont les valeurs qui peuvent être admises à la cote officielle, et chaque jour elle rédige la cote des effets publics et autres, au comptant ou à terme.

Cette mission est d'autant plus importante qu'à côté des

Digitized by Google

opérations sérieuses, la spéculation s'est emparée du marché, et que les jeux de Bourse, prohibés par la loi, sont tolérés et pratiqués au moyen d'une couverture qui obvie au défaut d'action en justice. Le danger de la spéculation n'est pas seulement à Paris ; depuis que le télégraphe met en rapport journalier les capitales de l'Europe, les spéculateurs cosmopolites s'efforcent de tenir dans leurs mains les marchés de Londres, de Paris, de Vienne et de Berlin et spéculent à la fois dans les différents pays. Il est donc nécessaire qu'il y ait une surveillance incessante du marché pour protéger les acheteurs sérieux et maintenir la loyauté des conventions.

A défaut de loi complète, la Chambre syndicale a puisé dans l'article 6 de la loi du 29 mai 1816 le pouvoir de faire des règlements avec approbation du ministre des finances. Son règlement de novembre 1832 est général et particulier; celui du 19 mai 1845 concerne la liquidation centrale, le dernier de 1870 coordonne les dispositions antérieures. Aucune approbation n'a été donnée par le ministre des Finances à ces règlements, mais ils ont, comme nous le verrons plus loin, été approuvés tacitement.

II. — *De l'admission des valeurs à la cote officielle et du contrôle du ministre des Finances.*

La Chambre syndicale chargée de constater les cours a, de tout temps, fait un choix parmi les valeurs ; elle a depuis un temps immémorial négligé de s'occuper de celles qui avaient peu d'importance ou ne présentaient pas de garanties suffisantes ; son choix s'exerçait sous la surveillance du ministre des Finances et quelquefois avec son approbation formelle. C'est ainsi qu'en ce qui concerne les *vales consolidés d'Espagne* le ministre des Finances, M. de Villèle, écrivait le 12 novembre 1825 au syndic de la Chambre syndicale :

« Je vous autorise à coter les effets toutes les fois qu'ils « donneront lieu à des opérations faites avec concurrence et « publicité en assez grand nombre pour produire un cours « véritable et tel que le public ne puisse être induit en er- « reur sur leur valeur réelle, précaution que vous devez « également prendre pour tous les autres effets avant de les « coter officiellement. »

Digitized by Google

Le ministre conseillait la prudence; car l'admission à la cote a toujours été considérée comme donnant une consistance plus sérieuse aux effets qui en font l'objet, et il était indispensable de ne pas donner au public une confiance non justifiée; car la multiplicité des transactions sur une valeur n'en prouve pas toujours la solidité, et il arrive souvent que les valeurs les moins sérieuses sont celles sur lesquelles on spécule le plus.

La Chambre syndicale s'émut à une certaine époque de la responsabilité que pouvait entraîner pour elle le choix des valeurs susceptibles d'être admises à la cote officielle, et le 15 septembre 1837 elle s'adressa au ministre des Finances, lui demandant de prendre lui-même ces décisions « dans la « crainte que les parties ne pussent avoir à se plaindre des « décisions qu'elle aurait prises ».

Le ministre, M. Lacave-Laplagne, répondit d'abord d'une manière évasive le 21 septembre 1837 :

« Je ne puis que savoir gré à la Chambre syndicale de son « honorable sollicitude et je la partage pleinement; mais la « mesure qu'elle indique est de nature assez délicate pour « exiger un examen approfondi. » Puis sur nouvelle demande il fit le 17 octobre suivant cette réponse catégorique : « Il « ne m'est pas possible d'adhérer à la proposition qui m'a- « vait été faite... Je ne puis que me reposer sur la prudence « de votre Compagnie pour concilier l'exécution des règle- « ments avec ce qu'elle doit au public et à elle-même. » C'était donner à la Chambre syndicale un pouvoir absolu, alors qu'elle demandait à être déchargée de toute autorité.

Cette prépondérance fut encore déniée par elle *pendant quelques années;* mais elle ne fut pas si longtemps à la reconnaître que semble le penser M. Bédarride lorsqu'en 1862 il écrivait dans son *Traité des Bourses de commerce :*

« Toutes les fois que la Chambre syndicale est en demeure « de se prononcer, elle en réfère au ministre des Finances. « Elle lui expose le caractère, le nombre et l'importance des « transactions auxquelles ont donné lieu les effets qu'ils « s'agit de porter sur la cote. Si le ministre ordonne l'ad- « mission, elle obéit; s'il s'en réfère à sa prudence, elle peut « agir en toute sécurité. » (§ 187.)

A cette époque, la Chambre syndicale usait d'un pouvoir

Digitized by Google

discrétionnaire et négligeait même de demander l'autorisation du ministre avant l'admission à la cote des valeurs françaises ; c'est ce que prouve une lettre du Syndic des Agents de change, du 28 mars 1862, au ministre des Finances M. Fould, en réponse aux instructions rappelant la nécessité de cette formalité pour les obligations françaises et étrangères.

« Jusqu'à la réception de la lettre de Votre Excellence, « écrit le Syndic, la Chambre syndicale avait pensé que cette « autorisation préalable n'était nécessaire que pour les « valeurs des sociétés étrangères. A l'avenir, chaque fois « qu'une demande d'admission lui sera adressée et que son « avis sera favorable, elle se conformera exactement aux « nouvelles instructions qui lui sont données en sollicitant « cette autorisation. »

Dès lors la Chambre syndicale rendit compte au ministre des Finances, mais de 1866 à 1872, elle se dispensa d'attendre son autorisation, et lorsque, dans les cinq jours, il n'avait point été fait de réponse à la lettre du Syndic, la valeur était portée à la cote.

Aussi en 1870, lorsqu'elle coordonna dans un règlement général les dispositions des règlements antérieurs, elle laissa de côté les craintes d'autrefois et n'hésita pas à constater sa prépondérance pleine et entière. L'article 155 de ce règlement est ainsi conçu :

« La Chambre syndicale, sous l'autorité du ministre des « Finances, a *tout pouvoir* pour accorder, refuser, sus- « pendre ou interdire la négociation d'une valeur autre que « les fonds d'État français à la Bourse de Paris, soit au comp- « tant, soit à terme.

« Elle se fait remettre à cet effet toutes les pièces, justifi- « cations et renseignements qu'elle juge nécessaires. »

L'article 156 est encore plus formel :

« Lorsqu'il est reconnu par la Chambre syndicale que la « cote de la valeur est commandée par l'intérêt général, elle « peut d'office prononcer son admission au comptant ou à « terme.

« Elle peut refuser la radiation d'une valeur déjà inscrite « à la cote. »

La Chambre syndicale constate dans ce règlement que

Digitized by Google

c'est elle qui agit et prononce les décisions ; le ministre surveille ses agissements parce que l'État est intéressé à la bonne organisation des opérations financières, mais jamais il n'a ordonné directement l'admission d'une valeur à la cote.

La Chambre syndicale peut-elle, dans l'accomplissement de ces attributions, encourir quelque responsabilité ?

Sans doute l'admission à la cote ne garantit pas à l'acheteur qu'il fera une bonne opération, un placement avantageux, que l'entreprise réussira et même qu'elle a des chances de succès !

Mais la Chambre syndicale, en admettant à la cote, affirme que les titres existent réellement, que les lois ont été observées, que la valeur se présente dans des conditions de loyauté et de sincérité commerciales. Plus tard elle ne pourra s'instruire à tout instant de la situation d'une valeur admise à la cote, se rendre compte de la sincérité des bilans et suivre les vicissitudes de l'entreprise ; mais au moment de l'admission à la cote, elle doit faire une enquête sur la légalité et la sincérité de l'opération, et si, par une faute lourde, elle admettait à la cote des actions devenues non négociables, elle serait responsable conformément à l'article 1383 du Code civil.

Mais, peut-on objecter, le droit réservé au ministre des Finances d'empêcher l'application des décisions de la Chambre syndicale n'exonère-t-il pas celle-ci de toute responsabilité vis-à-vis le public ? Ne peut-on pas dire qu'elle agit en sous-ordre, qu'elle n'a pas un pouvoir direct puisqu'elle est soumise à un contrôle, et le ministre ne doit-il pas supporter toutes les conséquences des décisions puisqu'il a pu en suspendre ou en empêcher l'exécution ? L'objection pourrait avoir quelque fondement si le ministre intervenait dans les décisions ; mais il n'exerce qu'un droit de contrôle après que la Chambre a prononcé sur l'admission ; la Chambre a tout pouvoir, elle le reconnaît elle-même dans son règlement ; si le Gouvernement intervient, c'est qu'il peut avoir intérêt à ce que certaines valeurs ne fassent pas concurrence à la rente française, il peut, en vue d'un emprunt prochain, désirer empêcher, pendant une certaine période, que le nombre des valeurs admises à la cote ne soit augmenté.

Les intérêts du Gouvernement à sauvegarder, voilà le but

Digitized by Google

principal de la sanction ministérielle, mais cette sanction ne saurait avoir pour effet de transformer la Chambre syndicale en une sorte de chambre d'instruction étudiant une affaire et soumettant le résultat de son travail au ministre. Il y a là deux ordres d'idées différents : la partie, qui concerne l'examen de la valeur en elle-même et de l'opportunité de son admission à la cote, est dans les attributions de la Chambre syndicale; celle qui concerne les questions gouvernementales est de la compétence du ministre. Aussi le ministre ne fait-il qu'empêcher ou suspendre l'effet de la décision, il n'exerce qu'un droit de *veto* résultant du droit de la surveillance que la loi lui attribue.

Mais ce droit de *veto*, ce droit de surveillance laisse subsister à la fois le rôle de la Chambre syndicale et la responsabilité qu'elle pourrait encourir par suite de sa décision.

On ne saurait également, dans le but de l'exonérer de toute responsabilité, considérer la Chambre syndicale comme un mandataire de la puissance publique, comme un fonctionnaire public exerçant des attributions qu'il tiendrait du Gouvernement. C'est de la loi que la Chambre tient son autorité; elle n'est pas à la merci du pouvoir; elle agit en vertu d'une mission qui lui est propre, qui dérive de la nature même de sa situation et du but de son institution. Les Chambres syndicales de courtiers, les Chambres de commerce rentrent dans la même catégorie de corps agissant dans l'intérêt du commerce, et si le caractère administratif était reconnu pour l'une de ces institutions, il faudrait l'attribuer à toutes les autres. De plus, s'il s'agissait d'actes administratifs, la seule conséquence serait que les tribunaux ordinaires ne seraient point compétents pour les apprécier; mais la responsabilité n'en existerait pas moins.

Il n'est donc point admissible que, contrairement aux principes du droit commun, on considère la Chambre syndicale des Agents de change comme irresponsable, soit parce qu'elle aurait obtenu la sanction ministérielle, soit parce qu'elle serait l'agent administratif du ministre. La Chambre reste responsable dans le cas de dol ou de faute lourde; c'est ce qu'a décidé en principe la Cour de cassation dans une affaire relative à l'admission à la cote de valeurs étrangères.

Digitized by Google

III. *De l'admission des valeurs étrangères à la cote officielle.*

Pour les valeurs françaises, l'examen auquel doit se livrer la Chambre syndicale n'est point spécifié, et il n'y a pas de formalités déterminées sans l'accomplissement desquelles la demande doive être nécessairement refusée. Mais pour les chemins de fer étrangers, la Chambre syndicale est tenue d'exiger certaines garanties; les formalités que doivent remplir les Compagnies de chemins de fer étrangers pour obtenir la cote, sont spécifiées par un décret du 22 mai 1858.

Ce décret est ainsi conçu :

« Art. 1er. — La négociation à la Bourse de Paris et dans « les bourses départementales des titres émis par les Compa- « gnies des chemins de fer construits en dehors du territoire « français, est soumise aux lois et règlements qui sont ap- « plicables à la négociation des valeurs françaises de même « nature et en outre aux conditions exprimées dans les ar- « ticles suivants.

« Art. 2. — Ces compagnies doivent justifier qu'elles sont « constituées conformément aux lois des pays où elles sont « formées. A cet effet, elles remettent au ministre des « Finances et à la Chambre syndicale des Agents de change « des copies authentiques : 1° des actes de l'autorité pu- « blique qui ont approuvé leur formation et les ont auto- « risées, soit par voie de concession, soit autrement, à con- « struire un ou plusieurs chemins de fer; 2° des statuts, des « cahiers des charges, et en général de tous les documents « qui ont réglé ou modifié leurs conditions d'existence.

« Art. 3. — Les compagnies sont tenues de justifier que « leurs actions, ainsi que leurs obligations, si elles en ont « émis, sont cotées officiellement dans le pays auquel les « chemins de fer appartiennent.

« Art. 4. — Les actions ne peuvent être de moins de « 500 francs. Toutes celles qui ont été émises doivent être « libérées jusqu'à concurrence des sept dixièmes. Elles ne « sont portées sur la partie officielle du cours authentique « des bourses françaises que lorsqu'elles ont donné lieu en « France à des opérations publiques assez nombreuses pour « que leur cours puisse être apprécié.

« Art. 5. — Les obligations peuvent être négociées et

Digitized by Google

« cotées en France lorsque le capital social ou la partie de « ce capital représentée par des actions, aura été intégralement versé, et que l'émission en France de ces obligations « aura été autorisée par les ministres des Finances et de « l'Agriculture, du Commerce et des Travaux publics.

« *Dispositions générales.* — Art. 6. — Il est interdit à tout « Agent de change de prêter son ministère à la négociation « des valeurs de compagnies étrangères avant qu'elles n'aient « été admises à être négociées par la Chambre syndicale des « Agents de change. Il est également interdit, avant que cette « admission ait été prononcée, de publier soit le cours de ces « valeurs en France, soit l'annonce de souscriptions ouvertes « en France aux actions et obligations des compagnies « étrangères.

« Art. 7. — Il n'est pas dérogé aux autorisations accordées « antérieurement à la promulgation du présent décret. »

En présence de ce texte précis, la Chambre syndicale se trouve obligée de procéder à des vérifications sur les points déterminés et, puisqu'elle ne peut, comme nous l'avons démontré, se retrancher derrière la responsabilité du ministre des Finances, elle sera responsable vis-à-vis le public lorsque ces vérifications n'auront pas été faites.

C'est ce qui a été jugé par la Cour de cassation (chambre civile) dans un arrêt du 4 décembre 1877 rendu sous la présidence de M. le premier président Mercier, au rapport de M. le conseiller Baudoin, sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Desjardins.

Il s'agissait dans cette affaire, devenue célèbre, de titres émis en France en 1869 sous le nom de bonds hypothécaires (first-mort-gage-land-bonds) pour la construction en Amérique d'un chemin de fer intitulé : Memphis el Paso and Pacific rail road, auquel nom on joignit celui de *Transcontinental* pour faire croire qu'il devait relier l'Atlantique au Pacifique. Avant de procéder à la souscription, les lanceurs de l'affaire, pour en imposer davantage au public, voulurent s'assurer de l'admission à la cote. Les bonds hypothécaires étant de véritables obligations, la Chambre syndicale des Agents de change, aux termes de l'article 5 du décret précité, devait s'assurer que la partie du capital social représentée par les actions avait été intégralement versée et, en outre,

Digitized by Google

elle devait attendre que l'émission en France fût autorisée par les ministres des Finances et de l'Agriculture, du Commerce et des Travaux publics.

Trompée par les renseignements favorables provenant du consul français à New-York qu'on ne savait point alors intéressé dans l'entreprise, croyant sur la foi d'un faux certificat contre-signé par un prétendu notaire de New-York que les bonds hypothécaires étaient cotés à la Bourse de cette ville, alors qu'il n'y a pas à New-York de Bourse officielle, la Chambre syndicale crut s'être entourée de garanties assez sérieuses pour pouvoir accorder l'admission à la cote.

La souscription, ouverte le 15 mai 1869 dans les bureaux du *Moniteur des tirages financiers*, produisit 20,641,470 francs. Au lieu d'employer cette somme aux travaux annoncés, les organisateurs de l'affaire se la partagèrent presque tout entière à titre de commission et, lorsque le 27 juillet 1870 une perquisition fut opérée dans les bureaux de la compagnie du Transcontinental à Paris, il ne restait plus en caisse que 2 millions.

A la suite d'une instance correctionnelle et des condamnations prononcées contre ceux qui avaient participé à cette colossale escroquerie (Cour de Paris, 21 mai 1873 et Cassation, chambre criminelle, rejet, du 16 août 1873), les souscripteurs intentèrent une action en dommages-intérêts, non-seulement contre ceux qui les avaient directement dépouillés, mais encore contre la compagnie d'annonces qui avait prêté son concours à l'émission, et contre la Chambre syndicale des Agents de change qui avait autorisé l'admission à la cote officielle.

En ce qui concerne cette admission, deux prescriptions du décret du 22 mai 1858 (art. 5) n'avaient pas été accomplies par la Chambre syndicale.

La première de ces prescriptions était relative à la vérification du versement intégral des actions formant le capital social. Sur la somme de 40 millions de dollars formant ce capital, les actions souscrites représentaient à peine 1 million de dollars sur lesquels 1/8 seulement avait été versé. La Chambre syndicale était en faute de n'avoir point exigé de justification sur ce point; si elle avait procédé à cette constatation, elle serait certainement arrivée à la découverte de

Digitized by Google

la fraude. Elle soutint qu'elle n'avait pas cru qu'il y eût nécessité d'appliquer l'article 5 du décret, parce qu'il s'agissait d'une valeur qui n'avait point le caractère d'obligations. Ce système ne pouvait être admis; il n'y a à la Bourse que deux catégories de valeurs; tout ce qui n'est pas action est obligation; dans l'espèce, les bonds hypothécaires avaient été précédés de l'émission d'actions, le revenu en était fixe comme celui des obligations, et la circonstance qu'ils étaient garantis par une hypothèque subordonnée à la construction du chemin de fer ne pouvait changer la nature du titre.

La seconde prescription nécessaire avant l'admission à la cote, était l'autorisation des ministres des Finances, de l'Agriculture, du Commerce et des Travaux publics. La Chambre syndicale a soutenu que si ces autorisations n'avaient pas été données expressément, elles l'avaient été tacitement, que suivant un usage établi, la négociation pouvait avoir lieu cinq jours après que le Syndic des Agents de change avait communiqué les pièces au ministère, s'il n'avait pas reçu d'avis contraire dans l'intervalle.

Il est certain que cette tolérance n'existait pas en 1862; cela résulte de la lettre ministérielle citée plus haut par laquelle le ministre, au sujet de valeurs françaises, avait rappelé à la Chambre syndicale qu'il fallait son autorisation expresse.

D'ailleurs, en ce qui concerne les valeurs étrangères, elle écrivait le 30 janvier 1862 au ministre du Commerce et des Travaux publics pour s'excuser de ne pas avoir demandé l'autorisation relativement à certaines obligations de chemins de fer étrangers : « Si l'autorisation du ministre du Commerce « n'a pas été réclamée par la Chambre syndicale, c'est parce « que le ministre des Finances, dans les attributions duquel « notre compagnie est placée, s'était réservé de remplir « cette formalité. »

Le ministre du Commerce et des Travaux publics n'en insista pas moins et écrivit le 12 février 1862 à la Chambre syndicale : « Je vais me concerter avec M. le ministre des « Finances pour arrêter la forme des autorisations auxquelles « le syndicat des Agents de change devra se conformer ri- « goureusement et sous sa responsabilité »; et le 24 mars 1862 le ministre des Finances écrit à son tour : « Par une lettre du

Digitized by Google

« 20 février dernier, je vous ai invité à appeler l'attention « des Agents de change près la Bourse de Paris sur les dis- « positions qui leur interdisent de prêter leur ministère à la « négociation d'obligations des sociétés françaises et étran- « gères dont l'émission n'aurait pas été préalablement auto- « risée par les ministres des Travaux publics et des Finances, « Je vous prie de vouloir bien me faire connaître les mesures « qui ont été prises par la Chambre en vue d'assurer à l'avenir « la régulière exécution de ces dispositions. »

Y a-t-il eu, de 1866 à 1872, un usage établi par un accord avec le directeur du mouvement général des fonds, par lequel l'autorisation tacite aurait remplacé l'autorisation expresse? Ce qui paraît démontré, c'est qu'un certain nombre de valeurs étrangères ont été admises à la cote dans cette période sans autorisation des ministères désignés; mais les avis donnés en 1862 dans les lettres précitées semblent indiquer que la Chambre syndicale avait depuis longtemps paru peu disposée à accomplir strictement ces formalités, et s'il en a été autrement à partir de 1872, c'est qu'une lettre du ministre des Finances du 16 octobre lui a de nouveau rappelé formellement cette obligation dans les termes suivants : « Après avoir « prononcé l'admission en principe, la Chambre ne doit pro- « céder à l'inscription au bulletin officiel qu'après avoir pris « l'avis de mon département. C'est lui en effet qui doit s'en- « quérir si, au point de vue des convenances politiques, « l'admission à la cote ne rencontre pas d'inconvénient; « qui doit prononcer sur l'opportunité financière; enfin « déclarer que la compagnie a fait agréer un représen- « tant responsable et a accepté la décision qui a fixé le « nombre de ses titres soumis aux droits. — J'appelle, « Monsieur le Syndic, votre plus sérieuse attention sur ce « point, et je vous prie de ne faire inscrire désormais à la « cote officielle de la Bourse de Paris quelque titre que ce « soit des sociétés et villes étrangères, tant que vous n'aurez « pas reçu de mon administration une autorisation spéciale « et écrite. »

Il est à remarquer que, bien que le décret du 22 mai 1858 ne vise que les actions et obligations des Compagnies de chemins de fer étrangers, la circulaire ministérielle de 1872

Digitized by Google

exige une autorisation spéciale et écrite pour toutes les valeurs étrangères quelles qu'elles puissent être.

Quoi qu'il en soit, en 1869, lors de l'émission des bons hypothécaires du Transcontinental, la Chambre syndicale avait inscrit cette valeur à la cote officielle sans aucune autorisation expresse du ministre des Finances et du ministre des Travaux publics et du Commerce, et elle n'avait pas davantage, ainsi que nous l'avons dit, vérifié le versement intégral du capital-actions.

Un jugement du tribunal civil de la Seine, du 25 mars 1874, confirmé par la Cour de Paris le 24 juillet 1875, l'a condamnée envers les souscripteurs à un quinzième des dommages-intérêts que payeraient les parties principales. L'arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 4 décembre 1877, qui a rejeté le pourvoi formé contre cette décision, est ainsi conçu :

« Sur les deux moyens du pourvoi : Attendu que le décret « du 22 mai 1858 dispose par son article 5 que les obligations « émises par les Compagnies de chemins de fer construits en « dehors du territoire français peuvent être négociées et « cotées en France lorsque le capital social ou la partie de « ce capital représenté par des actions, aura été intégralement versé et que l'émission en France de ces obligations « aura été autorisée par les ministres des Finances et de « l'Agriculture, du Commerce et des Travaux publics;

« Attendu que les bons hypothécaires émis par la Compagnie des chemins de fer américains Memphis el Paso « and Pacific, dit Transcontinental, sont par leur nature, « ainsi que l'arrêt attaqué l'a déclaré, de véritables obligations ayant pour gage principal, indépendamment de toute « autre garantie, le capital représenté par les actions, et que « la subvention en terrains promise par l'État du Texas à la « compagnie, subordonnée, d'après la charte même de concession, à l'exécution de travaux, ne pouvait dispenser « d'observer les conditions exigées par le décret comme un « préalable nécessaire à l'admission à la cote française;

« Attendu qu'il est constaté d'une part, par l'arrêt attaqué, « que la Chambre syndicale des Agents de change près la « Bourse de Paris a admis à la cote officielle de la Bourse

Digitized by Google

« de Paris les bonds hypothécaires de la compagnie du « Memphis el Paso and Pacific, dit Transcontinental, sans « avoir obtenu d'elle la justification que le versement du « capital exigé par le décret eût été effectué et que de fait « ce versement n'a pas eu lieu;

« Attendu que, d'autre part, le jugements dont l'arrêt « adopte les motifs constate que le ministre des Finances et « le ministre des Travaux publics n'ont point accordé à la « Chambre syndicale l'autorisation d'admettre lesdits bonds « hypothécaires à la cote officielle de la Bourse de Paris, et « l'existence d'une telle autorisation est officiellement dé- « mentie; qu'il n'y a donc pas lieu d'examiner quels pour- « raient être, au point de vue de la responsabilité de la « Chambre syndicale, les effets d'une autorisation qui « n'existe pas;

« Attendu que, par la double inobservation des conditions « prescrites par le décret de 1858 pour l'admission à la cote « de la Bourse des obligations émises par les compagnies de « chemins de fer construits hors du territoire français, la « Chambre syndicale a commis une faute grave ayant pour « effet de l'obliger à réparer le dommage qui en a été la con- « séquence;

« D'où il suit qu'en condamnant la Chambre syndicale des « Agents de change près la Bourse de Paris à réparer, dans la « mesure déterminée, le préjudice éprouvé, l'arrêt attaqué, « loin de violer les dispositions de loi invoquées par le pour- « voi, en a fait au contraire une juste application;

« Par ces motifs,

« Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu par la Cour « d'appel de Paris le 24 juillet 1875. »

En principe, d'après cet arrêt, la Chambre syndicale des Agents de change peut donc être déclarée responsable dans une certaine mesure lorsque, sans vérification suffisante, elle a admis des valeurs à la cote, et surtout des valeurs de chemins de fer étrangers.

Digitized by Google

IV. *Du droit de réglementation sur les marchés.*

La Chambre syndicale des Agents de change, non-seulement a la mission d'admettre les valeurs à la cote, mais, en vertu de son droit de réglementation, elle a aussi le pouvoir de retirer de la cote les valeurs admises ; dans ce second cas, encourt-elle, comme dans le premier, une responsabilité ? On peut répondre affirmativement pour le cas de dol et de faute lourde. Mais il faut remarquer l'immense différence qui existe entre les deux situations résultant de l'admission à la cote ou du retrait de la cote ; l'admission à la cote est une faveur qui ne doit être accordée que sous certaines garanties, le retrait de la cote est une mesure d'ordre que rien n'oblige la Chambre syndicale à motiver, et dans ce dernier cas il sera dès lors difficile, sinon impossible, de lui imputer une faute.

Toutefois, le principe de la responsabilité n'en existe pas moins ; il aura seulement une application beaucoup plus rare que dans le cas précédent en raison du pouvoir discrétionnaire de la Chambre syndicale.

La Cour de cassation, en effet, dans un arrêt rendu le même jour que celui cité précédemment, le 4 décembre 1877, et dans une affaire différente, a affirmé le pouvoir de la Chambre syndicale d'accorder, de refuser, suspendre ou interdire la négociation des valeurs autres que les fonds d'État français, soit au comptant, soit à terme.

Il s'agissait, dans cette affaire, d'actions du Crédit foncier de France. Le capital de cet établissement ayant été reconnu insuffisant, on avait émis, en 1869, 60,000 actions nouvelles qui ne pouvaient être souscrites que par les porteurs d'actions anciennes, savoir une demi-action nouvelle par action ancienne. La souscription fut ouverte du 6 septembre 1869 au 7 mars 1870, et la libération devait s'effectuer sans versement d'espèces et au moyen de bénéfices réalisés antérieurement et non distribués.

Comme au fur et à mesure de la souscription les actions anciennes étaient estampillées, celles qui ne l'étaient pas devaient, à une certaine époque, devenir excessivement

Digitized by Google

rares; celui qui avait vendu à terme et à découvert des actions non estampillées pouvait se trouver dans l'impossibilité de livrer les titres promis; en prévision de cette pénurie, ces actions étaient cotées 25 francs de plus que les autres, et l'écart devait s'accentuer de plus en plus. Pour empêcher cette absence de titres de se produire, la Chambre syndicale crut devoir prendre, le 30 janvier 1870, une décision ainsi concue :

« A partir du 7 février prochain, les livraisons par suite de « négociations à terme pourront se faire indistinctement « d'après la parité suivante : une action estampillée et une « demi-action nouvelle pour une action non estampillée. »

Cette décision eut pour résultat immédiat de faire fléchir le cours de ces dernières actions qui furent, dès lors, cotées au même taux que les autres.

Le sieur S... avait acheté, les 28 et 29 janvier 1870, des actions non estampillées, livrables en liquidation de janvier, c'est-à-dire, suivant l'usage de la Bourse, le 5 février au plus tard.

Son intention était de les revendre lorsqu'elles seraient devenues plus rares; or, par suite de la décision de la Chambre syndicale, non-seulement il n'obtint pas la plus-value sur laquelle il comptait, mais il se trouva en perte de 25 francs par action; il actionna en dommages-intérêts la Chambre syndicale qui était la cause de ce préjudice, puisqu'en décrétant l'équivalence des deux titres, elle n'avait pas fait autre chose que de les mettre au même taux. La Chambre syndicale répondit qu'elle avait agi dans les limites de ses attributions et que, si elle avait tout pouvoir pour rayer de la cote une valeur, ce qui pouvait la déprécier d'une façon notable, à plus forte raison elle pouvait égaliser les cotes de valeurs placées sous son contrôle.

Cependant, il est évident qu'une pareille mesure causait un résultat fâcheux; tout en voulant, suivant l'expression technique, empêcher les acheteurs d'étrangler les vendeurs, la Chambre syndicale avait étranglé les acheteurs. Un peu plus de prévoyance aurait pu empêcher ce préjudice; la situation pouvait être prévue longtemps à l'avance, car la même pénurie de titres s'était déjà produite lors de la fusion

Digitized by Google

du Grand-Central avec la compagnie d'Orléans, de la Société franco-hongroise avec la Société franco-hollandaise. Il suffisait à la Chambre syndicale de prendre sa décision le 6 septembre au lieu du 31 janvier suivant et de prévenir, dès cette époque, que l'équivalence des deux valeurs aurait lieu à partir du 7 février ou de toute autre date.

Quoi qu'il en soit, le tribunal de la Seine, par jugement du 18 avril 1873, et la Cour de Paris, par arrêt du 29 décembre 1874, ne virent point, dans ces faits, l'existence d'une faute; la Cour de cassation a décidé dans le même sens, par arrêt de rejet de la chambre civile du 4 décembre 1877, rendu sous la présidence de M. le premier président Mercier, au rapport de M. le conseiller Baudoin et sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Desjardins.

Cet arrêt est ainsi conçu :

« Attendu que la délibération prise par la Chambre syn-
« dicale des Agents de change, le 31 janvier 1870, a décidé
« que c'était à partir du 7 février seulement que les livrai-
« sons par suite de négociations à terme d'actions non estam-
« pillées du Crédit foncier de France pourraient se faire
« indistinctement en actions estampillées augmentées d'une
« demi-action ou en actions non estampillées;

« Que la décision susénoncée n'a donc exercé aucune in-
« fluence rétroactive sur les contrats passés par S... ni sur
« leur exécution;...

« Attendu, en ce qui concerne le grief tiré de ce que la
« décision de la Chambre syndicale aurait eu pour effet de
« déprécier les valeurs sur lesquelles il avait précédemment
« spéculé, que la Chambre syndicale est chargée par la loi
« de son institution de veiller, sous le contrôle du ministre
« des Finances, à la sincérité et à la loyauté des opérations
« de Bourse, et que, pour remplir cette mission, elle a no-
« tamment le pouvoir d'accorder, refuser, suspendre ou in-
« terdire la négociation d'une valeur autre que les fonds
« d'État français, soit au comptant, soit à terme;

« Qu'elle peut, dès lors, déterminer, dans le but de pré-
« venir des spéculations déloyales, les conditions auxquelles
« elle croit devoir subordonner l'admission ou le maintien à
« la cote de certaines valeurs;

Digitized by Google

« Qu'il suit de là qu'en prenant pour l'avenir la délibération « du 31 janvier 1870, portant qu'à partir du 7 février suivant « les négociations à terme sur les actions du Crédit foncier « de France seraient réglées indistinctement par la livraison « d'une action estampillée, la Chambre syndicale a fait un « exercice régulier de ses attributions et n'a commis aucune « faute;

« Par ces motifs :

« Rejette le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 26 dé- « cembre 1874 par la Cour d'appel de Paris. »

Cet arrêt reconnait la légalité des articles 155 et 156 du règlement général adopté par la Chambre syndicaie en 1870 et relatifs à sa prépondérance sur la cote officielle; mais il ne faut pas lui donner une portée plus grande; il ne s'applique qu'à ces articles et non au règlement tout entier. Ce règlement n'ayant jamais été approuvé expressément par le ministre des Finances, peut toujours être discuté par les tiers et n'a point de sanction définitive.

Cette question d'approbation ministérielle a été soulevée au Corps législatif en 1862 dans la discussion du projet appelé à modifier l'article 90 du Code de commerce. Un amendement avait été proposé « pour interdire aux Agents de « change et courtiers soit isolément, soit réunis en Chambre « syndicale, de prendre des résolutions ou de faire des rè- « glements sans, au préalable, les avoir soumis au contrôle « et à l'approbation de l'autorité compétente. »

Cet amendement fut rejeté sur les observations suivantes de M. Vuitry, président de section au Conseil d'État, commissaire du Gouvernement :

« S'il n'a été introduit à cet égard aucune disposition dans « la loi, c'est parce que le Gouvernement s'est considéré « comme armé, c'est parce qu'il a pensé qu'il avait entre « les mains tous les droits et tous les pouvoirs nécessaires à « l'exercice de cette haute et intéressante tutelle qu'il exerce « dans toutes les circonstances... Voici ce qui est arrivé. La « compagnie des Agents de change a communiqué son règle- « ment au gouvernement, et alors s'est élevé la question de « savoir s'il fallait couvrir ce règlement d'une approbation « formelle en le convertissant en règlement d'administration

Digitized by Google

« publique ou bien se contenter de l'approuver tacitement.
« Eh bien! il a semblé au Gouvernement que pour un in-
« térêt de cette nature une approbation formelle n'était pas
« utile; on a pensé qu'il y aurait une sorte d'abaissement
« de l'autorité publique à convertir une décision des Agents
« de change en un arrêté ministériel. Le ministre des Finances
« s'est donc borné à examiner le règlement, à le vérifier et
« à le sanctionner par une approbation tacite. »

Ce qui ressort de cette citation, c'est que les règlements faits par la Chambre syndicale n'ont pas la force de règlements d'administration publique, ils sont exécutoires pour la Compagnie, mais vis-à-vis du public ils n'ont point une autorité indiscutable, par cette raison que ce ne sont point des documents administratifs.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt de la Cour de cassation que nous venons de citer donne à la Chambre syndicale des Agents de change la sanction de son autorité sur le point le plus important. Il déclare non-seulement que la Chambre syndicale n'a pas commis de faute en modifiant par sa décision la valeur d'un titre, mais qu'elle avait le droit d'agir ainsi, et dès lors s'il y a un peu d'exagération à dire, comme le fait son règlement, qu'elle a tout pouvoir, il faut reconnaître que la décision nouvelle lui accorde, sous le contrôle du ministre des Finances, les pouvoirs les plus étendus.

CH. FLINIAUX.

ESSAI

SUR LES FAILLITES CLÔTURÉES POUR INSUFFISANCE D'ACTIF.

Par M. André SABATIER, avocat.

> Le négociant doit toujours connaître ses obligations et se conduire à chaque instant suivant l'état de sa fortune. MONTESQUIEU.

Dans le remarquable discours qu'il a prononcé le 19 janvier 1878 à l'occasion de l'installation des nouveaux juges du tribunal de commerce de la Seine, M. le président Bau-

Digitized by Google

delot signalait, comme tous ses prédécesseurs, le nombre toujours croissant des faillites clôturées pour insuffisance d'actif : sur 1,606 faillites nouvelles, — dont 133 résolutions de concordat, — déclarées et prononcées en 1877, les clôtures se sont élevées à 955, soit près de 60 p. 100.

C'est là un mal qui ne se produit pas seulement dans le ressort du tribunal de commerce de la Seine : la proportion est la même en province.

Un tel état de choses est particulièrement nuisible à la sûreté du commerce et à la moralité publique ; il faut le signaler à l'attention des juristes et des économistes, pour provoquer l'étude des mesures qu'il convient de prendre sans retard.

Après avoir examiné l'étendue et les causes du mal, nous proposons le remède qui nous semble le plus efficace.

A peine avons-nous besoin de dire que nos conclusions se ressentiront de la difficulté du sujet et des objections multiples et fort embarrassantes que soulève toute innovation en des matières si délicates. C'est un essai que nous présentons modestement, trop heureux si notre étude fait surgir des idées préférables : nous serons des premiers à nous y rallier.

I

L'article 527 du Code de commerce est ainsi conçu :

« Si, à quelque époque que ce soit, avant l'homologation « du concordat ou la formation de l'union, le cours des opé- « rations se trouve arrêté par l'insuffisance de l'actif, le « tribunal de commerce pourra, sur le rapport du juge- « commissaire, prononcer, même d'office, la clôture des « opérations de la faillite... »

Les premiers frais de la faillite, lorsque le syndic ne trouve pas deniers en caisse, sont avancés par le trésor public sur ordonnance du juge-commissaire, conformément à l'article 461 du Code de commerce. Ces frais, limités au jugement déclaratif de faillite, à la publicité de ce jugement, à l'apposition des scellés, à l'arrestation et à l'incarcération du failli, sont remboursés par privilége, sans préjudice du privilége du propriétaire.

Digitized by Google

Mais une fois ces mesures conservatoires prises et l'appel aux créanciers publié dans les journaux, le syndic ne peut continuer les opérations de la faillite que s'il trouve ou réalise une somme suffisante pour poursuivre les recouvrements sur les débiteurs du failli, soutenir les droits de ce dernier et ceux de la masse dans les cas litigieux.

Sinon, qu'arrive-t-il? Le syndic, qui ne peut ni ne doit, en sa qualité de mandataire de justice, faire des avances personnelles, ni compliquer sa mission d'un risque financier, fait appel aux créanciers et provoque le failli à trouver dans sa famille ou auprès de ses amis une somme suffisant à la suite des opérations. Trop rarement son appel est entendu; le plus souvent, les créanciers, déjà frappés par la déconfiture de leur débiteur, ne se soucient pas d'exposer une nouvelle somme d'argent pour arriver à la réalisation d'un actif de valeur incertaine; quelques-uns d'entre eux peuvent craindre un report de faillite; ajoutez à cela que les créanciers privilégiés viendront peut-être recueillir le fruit de leur sacrifice.

Quant au failli lui-même, ses efforts sont médiocres. Aujourd'hui, la clôture par insuffisance d'actif ne le frappe pas spécialement dans son honneur, et souvent elle le laisse à la tête de sa situation commerciale et l'exonère des tracasseries du syndic.

Autrefois, la législation sur les faillites s'harmonisait avec la contrainte par corps. La suppression de cette mesure a évidemment bouleversé le système des différentes sanctions qui frappaient le failli insolvable et négligent; le législateur de 1867 eût dû au moins supléer à cette lacune, qui constitue une véritable prime à la fraude et à l'incurie.

En effet, sous le régime de la contrainte par corps, le dépôt du bilan exonérait provisoirement de l'emprisonnement pour dettes. Un concordat intervenait-il : le failli, remis à la tête de ses affaires, travaillait assidûment à remplir des engagements dont l'inexécution, amenant la réouverture de la faillite, le menaçait de l'union[1]. L'union était-

[1] Un second concordat peut intervenir sur l'inexécution du premier; mais le fait est rare et difficilement consacré par les tribunaux. — Voyez d'ailleurs l'article 586-2° du Code de commerce.

Digitized by Google

elle formée à défaut de concordat : les créanciers étaient appelés à donner leur avis sur l'excusabilité du failli, et le tribunal décidait, sur le rapport du juge-commissaire, si le failli était ou non excusable (art. 538 C. com.). Le failli excusable n'avait point à craindre l'emprisonnement pour les dettes antérieures à la faillite.

Y avait-il insuffisance d'actif : « Ce jugement, — dit l'ar« ticle 527, § 2, — fera rentrer chaque créancier dans « l'exercice de ses actions individuelles tant contre les biens « que contre la personne du failli. — Pendant un mois à « partir de sa date, l'exécution de ce jugement sera sus« pendue. »

En d'autres termes, en pareille circonstance, le failli était inexcusable de droit[1] ; mais le sursis d'un mois lui permettait de chercher les resources nécessaires à la suite des opérations ; le plus souvent il mettait à profit cette sorte de trêve, vivement stimulé par le désir, à défaut de concordat, d'arriver à cette déclaration d'excusabilité qui assurait sa liberté et ouvrait les horizons du relèvement.

Ainsi la loi établissait une prime proportionnée au mérite et aux efforts du failli :

Le concordat, qui était la restauration de son exercice commercial, la jouissance de la liberté et l'acheminement à la réhabilitation ;

L'excusabilité, qui donnait la liberté et, par suite, l'exercice de l'industrie personnelle (dans les conditions bienveillantes que la jurisprudence a déterminées) ;

L'inexcusabilité, qui, soumettant le failli aux actions contre sa personne et ses biens, constituait une position pénible qu'à tout prix il essayait d'éviter.

La situation est tout autre depuis l'abrogation de la contrainte par corps : la tache de la faillite atteint indistinctement le concordataire, l'excusable et l'inexcusable. Le concordat offre l'avantage de la réintégrande ; c'est une atténuation à la dureté de la qualification de failli ; mais, dans le monde, distingue-ton entre l'excusable et l'inexcu-

[1] Toulouse, 11 janvier 1867, D. P., 67, 2, 8.

Digitized by Google

sable, et le failli lui-même éprouve-t-il un traitement différent dans l'un ou l'autre cas? Évidemment non. La portée de l'excusabilité a disparu, et, à cet égard, il y a autant d'indifférence chez le créancier pour se prononcer sur l'inexcusabilité que chez le failli pour s'y soustraire; peu de créanciers sont présents à la délibération, à moins quelle n'ait un autre objet plus attrayant à son ordre du jour, et *la qualification, dépourvue de toute publicité, constitue un blâme platonique* dont la notoriété reste confinée aux poudreux répertoires du greffe.

Le failli en état d'union voit ses marchandises vendues, son bail cédé; quelques parcelles de son mobilier lui restent à peine; ses créanciers touchent un dividende; quant à lui, table rase est faite de ses ressources, et c'est à grand'peine que, soit sous son nom, si ses créanciers ne le pourchassent pas, soit sous le nom d'un tiers, sa femme le plus généralement, il pourra, un à un, reconstituer les éléments d'un nouvel établissement.

Que bien plus heureux est le failli clôturé! Son syndic, dans le rapport dressé en conformité de l'article 482, ne l'a pas maltraité. Comment l'eût-il pu? Les ressources actuelles sont nulles, et une appréciation un peu détaillée d'un état commercial demande une vérification des livres, un examen des papiers. Comment remplir cette besogne dont les frais resteront à sa charge[1]? Le rapport est superficiel; parfois, quelques jours de prison, huit à quinze jours, un mois plus rarement, pour n'avoir point tenu de livres. Qu'est cela? Et le concordataire et l'unioniste, à pouvoir faire les frais d'un examen approfondi, ne sont-ils pas plus exposés à la manifestation de leurs fautes et, par suite, à une répression qui, pour être éclairée, n'en est parfois que plus rigoureuse?

Le failli clôturé n'a plus à craindre pour sa liberté. Quant à ses biens, de fait ils sont insaisissables. Les créanciers peuvent bien ajouter leurs perquisitions à celles que le syndic a pu faire; à supposer qu'ils se donnent ce souci, c'est la masse, non l'inventeur, qui profitera de l'actif découvert, et la contre-

[1] Le syndic n'a-t-il pas déjà procédé à une série de démarches qui ne seront pas rémunérées?

Digitized by Google

partie du risque sera un simple et souvent très-maigre dividende. D'ailleurs, à quoi bon exposer de l'argent pour arriver à un résultat toujours médiocre, quand il n'est pas nul? Ne vaut-il pas mieux offrir au failli clôturé des marchandises au comptant ou se fier à son crédit, peut-être plus solide qu'auparavant? A tous ceux qui tentent une poursuite, le clôturé ne peut-il pas objecter que le propriétaire absorbera le net produit de toute exécution sur le mobilier? Le syndic ne s'est point aventuré à les réaliser, et le créancier ne se soucie point d'un procès dont le risque lui est personnel et le bénéfice est divisé entre tous et au prorata des créances.

Le propriétaire est donc, le plus souvent, l'égide tutélaire du failli : il jette son privilége dans la balance, et les créanciers sont rebutés comme l'a été le syndic.

Quant aux débiteurs du failli, leur situation est des meilleures : le syndic ne les poursuit pas, et aux réclamations du failli ils opposent son incapacité; en résumé, la clôture de la faillite du créancier emporte de fait la libération des débiteurs.

Est-il rien de plus immoral que cette situation des uns et des autres?

Il est dès lors loisible au failli, délesté de son passif, de continuer son industrie; il peut opérer au comptant; et quant à ses économies, au lieu de les consacrer au rappel d'un syndic dont il se félicite d'être débarrassé, il les place à son gré en valeurs au porteur qu'il est impossible de mettre sous la main de justice, à moins d'une indiscrétion ou d'une fausse manœuvre.

Ce simple exposé démontre qu'en fait, tout l'avantage est à qui ne paye rien, et qu'à tout prendre, il vaut mieux être tout à fait que partiellement insolvable.

Les chiffres suivants, pris dans les comptes rendus de la justice civile, démontrent la croissance des faillites clôturées par insuffisance d'actif :

Digitized by Google

ANNÉES.	PARIS ET DÉPARTEMENTS				PARIS.			
	FAILLITES		PROPORTIONS		FAILLITES		PROPORTIONS	
	terminées.	clôturées par insuffisance.	pour 100 par année.	par période quinquennale.	terminées.	clôturées par insuffisance.	pour 100 par année.	par période quinquennale.
1850	3019	579	19,00		706	100	14,00	
1851	2472	525	21,80		538	103	19,40	
1852	2755	499	18,00	20,64	643	116	17,60	17,40
1853	2999	769	26,40		609	109	18,00	
1854	3353	659	19,90		747	134	18,00	
1855	3470	665	19,00		887	135	15,30	
1856	4088	814	20,00		932	131	14,00	
1857	3849	725	19,00	19,21	881	138	14,50	14,36
1858	4281	785	18,60		969	126	13,00	
1859	4420	899	20,00		1081	150	15,00	
1860	4211	842	20,00		1243	246	20,00	
1861	4833	986	20,00		1252	321	26,70	
1862	5294	1143	21,00	21,06	1781	398	27,00	24,14
1863	5124	1124	22,00		1714	408	24,00	
1864	5137	1295	25,00		1627	434	27,00	
1865	4926	1211	24,00		1626	478	23,60	
1866	5111	1239	24,00		1729	501	29,00	
1867	5637	1576	28,00	28,03	1778	596	35,00	28,87
1868	6065	1909	31,80		2057	865	43,00	
1869	6198	2061	33,70		2237	987	44,80	
1870	4234	1401	33,00		1535	597	39,00	
1871	2666	793	30,00		617	227	37,80	
1872	5244	1876	36,00	34,09	2074	982	49,00	45.56
1873	5584	2201	40,00		1902	964	50,00	
1874	5805	2077	35,60		1710	1049	61,00	
1875	5635	2132	38,00		1629	872	54,00	Période triennale 53,00
1876	»	»	»		1757	918	52,20	
1877	»	»	»		1873	955	53,00	

Digitized by Google

En prenant les faillites clôturées pendant le premier semestre de 1874, nous trouvons qu'elles se répartissent de la façon suivante entre les diverses professions :

Alimentation	177	Dont 111 marchands de vins.
Habillement et toilette	34	
Industries de luxe	18	
Commissionnaires en marchandises	14	
Métaux et bâtiment	30	
Cuirs et peaux	13	Dont 10 marchands de chaussures.
Librairie, imprimerie	1	
Banquiers	3	
Agents d'affaires	7	
Charbons	6	
Aubergistes logeurs	6	
Industries textiles	17	
Céramique	1	
Marchands de chevaux, loueurs, carrossiers	13	
Pharmaciens	2	
Industries diverses	32	
Total	374	

II

Les causes de l'insuffisance d'actif sont multiples.

Le nombre des faillites déclarées sur dépôt de bilan diminue chaque année, et c'est, dans l'immense majorité des cas, par assignation que le tribunal est avisé de la cessation des payements. Ce fait démontre que c'est seulement après avoir épuisé le plus clair de son actif à des renouvellements de valeurs ou autres expédients dispendieux que le débiteur se laisse déclarer en faillite. Plus scrupuleux observateur de la loi commerciale, il eût, en déclarant spontanément sa cessation de payements à la justice, réservé à la masse des ressources encore considérables et évité de payer les créanciers les plus avides, ne laissant rien à ceux qui l'ont ménagé. Le report de faillite peut bien rétablir l'égalité; mais faut-il encore des fonds pour faire rapporter les créanciers qui ont mal reçu, d'autant que cette opération est toujours litigieuse. Or, si la clôture par insuffisance d'actif est prononcée, rien n'est possible.

Il y a donc, dans ce premier ordre d'idées, à réclamer des

Digitized by Google

tribunaux correctionnels une répression moins banale que celle actuellement pratiquée [1].

Le privilége du propriétaire, tel qu'il est établi par l'article 2102 et par une jurisprudence constante, absorbe le plus clair de l'actif. Un propriétaire qui a laissé s'accumuler trois ou quatre termes de loyers est seigneur et maître de l'actif de son locataire, à l'encontre des autres créanciers. Il peut accorder terme et délai : que lui importe, en effet? Grâce à l'absence de poursuites, le débiteur conserve son crédit, fait entrer des marchandises dans ses magasins. Au jour de la catastrophe, lorsque les fournisseurs produiront leurs factures, le propriétaire mettra tranquillement la main sur les marchandises et s'en appliquera le produit; à ceux qui les ont vendues, reviendront les reliefs de la liquidation! Il n'est pas douteux que l'ampleur du privilége du propriétaire devrait être corrigée par l'obligation pour lui de ne jamais laisser s'accumuler un arriéré. Cette apparente philanthropie du propriétaire n'est qu'une complicité sans risques pour lui, et se résume par la spoliation des créanciers chirographaires, qui ont dû croire le loyer régulièrement payé [2].

La loi du 12-20 février 1872 a certainement imposé une restriction aux droits exorbitants du propriétaire; mais il s'en faut encore que la situation soit équitable. Le cadre restreint de ce travail interdit la critique de cette loi, d'ailleurs fort complexe et peu claire; n'en faisant ressortir que ce qui intéresse directement le présent sujet, nous retenons que, soit qu'il y ait ou non résiliation, le propriétaire a privilége pour les deux dernières années de location échues avant le jugement déclaratif de faillite et l'année courante! N'est-ce pas encore là une faveur excessive accordée au propriétaire complaisant?

[1] Voir le discours prononcé au tribunal de commerce de la Seine le 19 janvier 1878 par M. Baudelot, président (*Gazette des tribunaux* du 20 janvier 1878).

[2] Ce qui précède est si vrai qu'en 1871, M. Courbet-Poulard, député, dans une proposition pour la modification de l'article 2102 du Code civil, débutait ainsi : « Considérant qu'il résulte d'une longue expérience de la loi de 1852, « qui maintient les priviléges accordés par l'article 2102 du Code civil, « qu'elle fait au propriétaire de l'immeuble occupé par un failli une posi- « tion excessive, exorbitante, au milieu de tant de situations malheureuses « qui naissent d'une faillite... »

Digitized by Google

Renversons la loi, et supposons que le propriétaire ait seulement privilége pour l'année courante et pour le loyer de trois ou six mois échus avant la faillite : le mal sera bien réduit. Soucieux, plus qu'auparavant, d'être au pair de ses loyers, le propriétaire exerce des poursuites à bref délai, de telle sorte que la confiance des tiers ne sera pas entraînée par son inertie, et les ressources de la faillite ne lui seront attribuées que dans une mesure moins préjudicable aux intérêts des chirographaires.

Il y a donc lieu de modifier notamment sur ce point la loi du 12-20 février 1872.

Que l'on ne mette point en avant l'intérêt particulier qu'inspire la propriété foncière. Sans discuter dans quelle mesure il est légitime, nous ferons remarquer qu'il n'est point compromis par notre proposition ; le propriétaire méditera le brocard : « *Vigilantibus jura prosunt* », et sa diligence ne lui nuira point et empêchera cette accumulation d'un passif dont la clandestinité trompe les créanciers sans défiance et dont le remboursement privilégié les ruine sans merci.

Mais à ce privilége vient s'en ajouter un autre plus légitime, mais non moins pesant : ce sont les frais de faillite.

« Nous émettons le vœu, — disait en 1868 M. Louvet, pré-
« sident du tribunal de commerce de la Seine, — que l'ad-
« ministration apporte une réduction sensible dans tout ce
« qui concerne les frais judiciaires en matière de faillite. Est-
« il bien équitable, en effet, que le malheur des commerçants
« soit frappé, au nom du fisc, d'une redevance supérieure
« à la stricte rémunération des frais auxquels l'État est as-
« treint pour sauvegarder l'intérêt général ? »

Les droits de timbre et d'enregistrement ont, depuis 1870, considérablement été augmentés ; ils sont exigibles, quoi qu'il arrive, et tout de suite. C'est encore là une puissante raison pour le syndic de ne pas s'aventurer dans un report de faillite ou dans des recouvrements difficiles : le Trésor a bien payé les premiers frais, mais rien de plus.

Nous ne saurions aller jusqu'à réclamer le dégrèvement, pour la faillite, de tous droits de timbre et d'enregistrement ; ce serait frustrer le Trésor et donner lieu à bien des abus. Mais ce qui est équitable, c'est que, de même qu'en cas d'assistance judiciaire, les actes soient timbrés et enregistrés en débet. Une fois allégé de ces avances, le syndic pourra agir plus hardiment. Ses poursuites seront-elles vaines : où il n'y

Digitized by Google

a rien, le roi perd ses droits. La masse aura-t-elle réalisé quelque actif, aucun dividende ne sera distribué avant la justification faite à la caisse des dépôts que les perceptions en débet ont été remboursées.

D'après les réformes que nous indiquons, quelle sera la situation de la faillite?

Le recouvrement des créances sera facilité par le dégrèvement des créances fiscales, et le produit des marchandises réalisées ne sera plus grevé, pour aussi forte partie, du privilége du propriétaire. Il semble donc que les opérations pourront suivre.

Le cas contraire arrivera-t-il : le failli aura à s'imputer d'avoir provoqué un crédit que ne comportaient pas ses ressources commerciales. Ce n'est pas toujours là le délit d'escroquerie : en fait, c'est le plus souvent une impéritie coupable qui mérite la répression au même titre que les cas prévus aux articles 585 et 586 du Code de commerce et doit entraîner la qualification de banqueroutier. Qu'on ne l'oublie pas, c'est un fait singulièrement grave que cette absence totale de ressources, en présence de ce passif qui est la représentation de marchandises livrées ou de sommes prêtées.

Une instruction est nécessaire : le syndic devra déposer un rapport spécial sur les causes de l'insuffisance d'actif, rapport qui ne saurait faire double emploi avec celui prescrit par l'article 482 du Code de commerce[1]; le ministère public pourra, en outre, faire procéder à l'examen des livres et à une enquête détaillée.

Cependant il peut arriver que ce dénûment absolu du failli soit la conséquence d'événements qui surprendraient le négociant d'une prudence habituelle. Aussi ce délit spécial doit-il figurer additionnellement à la fin de l'article 586 du Code de commerce : cet article laisse toute faculté au juge d'appécier les circonstances du fait incriminé[2].

Mais la crainte de quelques jours d'emprisonnement correctionnel et de la qualification de banqueroutier simple n'inspirera pas toujours au failli le zèle nécessaire à la recherche des ressources qu'exige la suite des opérations; les

[1] Cet article prescrit un rapport sommaire dans un délai de quinze jours, qui peut être augmenté, en cas de circonstances particulières, et à charge d'en rendre compte.

[2] Art. 586.— « *Pourra* être déclaré banqueroutier simple tout commer-« çant failli qui se trouvera dans un des cas suivants :... »

Digitized by Google

juges correctionnels seront d'ailleurs toujours modérés dans l'application d'une peine afflictive dont la durée détermine le degré d'infamie; d'ailleurs, une fois frappé, le failli subira sa peine, mais n'aura nul souci de réparer le dommage, conséquence de son délit.

Or, puisqu'il y a délit et dommage, le syndic devra se porter partie civile, afin d'obtenir une indemnité représentant approximativement la somme nécessaire à la continuation des opérations. C'est bien là, si nous ne nous trompons, le préjudice particulier de l'insuffisance de l'actif. Or, aux termes de la loi existante du 17-22 février 1867, cette réparation est assurée par la coaction personnelle que les juges appliqueront [1].

Ce dernier point n'est pas une innovation : en matière de banqueroute simple et frauduleuse, le syndic peut toujours se porter partie civile; nous appliquons à un délit nouveau ce qui existe déjà pour les cas prévus aux articles 585, 586, 591, 593 et suiv., et d'ailleurs, pour la réparation de tous les crimes et délits, depuis les plus graves jusqu'aux plus excusables. Ce n'est plus une peine, comme autrefois, attachée à la commercialité du débiteur et à la formule du contrat.

Ajoutons que la contrainte par corps existe encore en matière de délits et contraventions de pêche et de douane.

En terminant ce travail, nous sentons bien le reproche qui va nous être adressé : nous créons un nouveau délit, et la répression pénale et civile qui en résulte contraste avec les tendances libérales de notre époque.

A cela nous répondrons que nous avons déjà fait une concession à ces tendances en ne réclamant pas le rétablissement pur et simple de la contrainte par corps en cas d'inexcusabilité et que la moralité commerciale importe aujourd'hui comme autrefois; et qu'enfin à un mal dont nous avons mesuré le développement si rapide il faut un remède préventif et répressif administré avec vigilance et énergie; sinon, encore un peu de temps et l'insuffisance d'actif deviendra un procédé commercial courant. Si la France commerciale a traversé d'horribles crises avec une aisance relative, elle le doit à la sûreté du crédit et aux habitudes d'ordre qui forment le pa-

[1] Le délai d'un mois stipulé par l'article 527 du Code de commerce est maintenu et adapté à ce nouvel ordre d'idées; le failli pourra donc réclamer le bénéfice de ce sursis avant toute poursuite contre sa personne.

Digitized by Google

trimoine de nos négociants. La loi sur les faillites a une grande influence sur le maintien de ces vertus professionnelles dont l'éclat honore la nation et provoque la confiance générale; aussi doit-elle être efficace et ne point présenter une lacune aussi large que celle que nous signalons.

Bien entendu, la loi sur les faillites comporte d'autres modifications; nous les étudierons successivement; nous nous bornons, dans ce trop court article, à signaler le péril le plus imminent. ANDRÉ SABATIER.

BIBLIOGRAPHIE.

LES CONSEILS GÉNÉRAUX.

INTERPRÉTATION DE LA LOI ORGANIQUE DU 10 AOUT 1871[1].

Compte rendu par M. S. MIGNERET, ancien conseiller d'État.

L'ouvrage dont nous venons de lire les douze cents pages avec un intérêt qu'expliquent nos souvenirs du passé, n'est point, comme le titre semblerait l'indiquer, une exposition théorique et doctrinaire de l'organisation des conseils généraux, mais, ainsi que l'explique une courte préface, un recueil chronologique, exact et complet de toutes les instructions et décisions intervenues de 1871 à 1877 pour assurer l'application de la loi de 1871.

C'est donc plus et moins qu'un traité : moins parce qu'on y chercherait vainement les explications historiques, les discussions et les rapprochements qu'appellent les lois organiques antérieures, dont quelques textes sont encore en vigueur, et les autres lois auxquelles se réfèrent les attributions anciennes et nouvelles des conseils généraux; mais c'est plus qu'un traité parce que, plaçant successivement et fidèlement sous les yeux du lecteur les incidents de la vie départementale au fur et à mesure qu'ils surgissent du mouvement des affaires et des esprits, il associe celui-ci à cette vie même et le fait assister à la naissance et à la solution des difficultés que soulèvent des innovations qui n'ont pas pris, sans quelque peine, leur place dans l'ancien organisme administratif. Ces difficultés ont été nombreuses,

[1] Paris, Berger-Levraut, 1878, in-12.

Digitized by Google

car nous avons relevé 678 décisions ou instructions diverses[1].

On comprend dès lors la variété des questions contenues dans 1080 pages consacrées à cette jurisprudence et l'abondance d'une table analytique, sorte de répertoire spécial, qui ne contient pas moins de 113 pages d'impression à deux colonnes de texte serré. On comprend également l'utilité pratique de ce recueil; car quel est l'administrateur qui pourrait se flatter de garder dans sa mémoire ces 678 solutions dont quelques-unes ont des chefs multiples? Or, dans le travail des assemblées départementale, c'est toujours le temps et la réflexion qui manquent et il faut avoir promptement, immédiatement, sous la main la décision déjà rendue sur une difficulté qui se reproduit au milieu du choc des opinions improvisées la plupart, comme il faut, dans le travail du cabinet, examiner l'ensemble d'une jurisprudence qui est le seul guide pratique à consulter.

Nous n'avons pas à juger l'œuvre du législateur de 1871, mais, en disant qu'elle est loin d'être parfaite, nous ne croyons rien avancer d'excessif; le Conseil d'État en a signalé quelques lacunes absolues[2] et, dans tous les cas, elle a prévu elle-même des désaccords entre le préfet, la commission départementale et le conseil lui-même, puisqu'elle a organisé toute une procédure à l'aide de laquelle le préfet est exposé à plaider contre la commission départementale devant le conseil, ou devant le ministre et le Conseil d'État contre le conseil général lui-même. Cette procédure s'est largement réalisée et les *décrets d'annulation* composent la majeure partie des décisions du Conseil d'État, soit en matière administrative, soit en matière contentieuse. D'autre part, les instructions ministérielles recommandent aux préfets un *scrupuleux*

[1]

Lois et décrets d'application générale.	36
Instructions générales, avis, décisions ministérielles.	305
Actes du Conseil d'État, avis généraux, avis sur préfets de décrets présidentiels, décisions au contentieux.	323
Décisions diverses : du tribunal des conflits, de la Cour de cassation, des Cours d'appel et tribunaux divers.	12
Décisions ou interprétations implicites des Assemblées législatives.	2
	678

[2] Foires et marchés intéressant deux départements (avis du 6 déc. 1872); bacs et ponts intéressant deux départements : « Considérant que la loi du « 10 août 1871 n'a organisé aucun arbitrage permettant à l'administration « supérieure de résoudre les questions d'intérêt commun à deux départe- « ments sur lesquels les conseils généraux ne veulent pas s'accorder... » (Avis du Conseil du 16 juin 1875.)

Digitized by Google

examen des délibérations intervenues sur les matières si *complexes* et si *nombreuses* qu'énumèrent les articles 48 et 49 de la loi[1]; afin de provoquer, sous leur responsabilité, des décrets de suspension contre des résolutions qui *présentant un intérêt considérable*, n'en deviennent pas moins exécutoires, de plein droit, au bout de trois mois. Il importe donc aux fonctionnaires d'avoir à leur disposition une sorte de manuel d'un contentieux qui sera désormais l'une de leurs plus importantes occupations.

Les publicistes, les hommes qui aiment à étudier et à suivre, dans leur application, les lois et les institutions trouveront aussi dans ce recueil d'amples sujets de réflexion et des objets d'étude que nous avons notés pour nous-même, mais dont ce n'est ni le lieu ni le temps de nous occuper en ce moment.

S. MIGNERET.

QUESTIONS DE DROIT MARITIME,

Par M. Alfred DE COURCY,
Administrateur de la Compagnie d'assurances générales[1].

Compte rendu par M. Charles LYON-CAEN,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

On peut, sans aucune exagération, dire que la France a été par excellence le pays du droit maritime. C'est en France qu'a été faite la grande œuvre législative qui a exercé le plus d'influence sur le droit maritime de toutes les nations, l'ordonnance de 1681; ce sont les ouvrages de grands jurisconsultes français, Valin et Émérigon, qui sont pris encore comme modèles dans tous les pays et qui sont cités partout devant les tribunaux. Cependant, depuis l'époque à laquelle vivaient ces illustres jurisconsultes, l'étude du droit maritime a été pendant longtemps laissée de côté. Il y a trente ou quarante ans, cette importante branche du droit n'était guère enseignée dans nos Facultés et peu d'ouvrages y étaient consacrés. Durant ces vingt dernières années, il y a eu chez nous une sorte de renaissance de l'étude du droit maritime. A Aix, à Marseille, à Bordeaux, des cours permanents de droit maritime ont été ouverts; à la Faculté de Paris de temps à autre, au moins, le droit maritime a été enseigné dans des cours spéciaux; de nombreux ouvrages de droit maritime ont été

[1] Circulaire du 8 octobre 1871.

[1] 1 vol. in-8°. A. Cotillon et C°, éditeurs, rue Soufflot, 24.

Digitized by Google

publiés, et l'on n'en est plus à compter les articles de nos revues relatifs à cette partie de notre législation.

Dans ce grand mouvement, une des premières places appartient à l'auteur des *Questions de droit maritime*. M. de Courcy a publié dans ces derniers temps de nombreuses études, sur des difficultés de droit maritime ; et parfois ces études faites, à l'occasion de procès pendants devant les tribunaux, n'ont pas été sans influence sur leur décision et ont pu contribuer à d'heureux revirements de jurisprudence. Toutes les personnes qu'intéresse le droit maritime regrettaient que M. de Courcy n'eût pas consacré à cette branche du droit qu'il connaît si profondément, un ouvrage d'une étendue plus considérable. Sans doute l'auteur avait en 1860 fait paraître un petit volume intitulé *D'une réforme internationale du droit maritime*. Ce livre était plutôt une œuvre de législateur que de jurisconsulte, l'auteur y indiquait les principales modifications qu'on devait faire subir au livre II du Code de commerce, si l'on voulait le prendre comme base d'une législation commune à toutes les nations. On attendait une œuvre de M. de Courcy qui, visant moins haut, nous donnât une sorte de commentaire du droit maritime français. Cette œuvre, le savant auteur l'a commencée de main de maître par la publication d'un premier volume intitulé *Questions de droit maritime*. Il n'y examine pas sans doute toutes les dispositions du Code de commerce; il n'y traite pas de toutes les matières maritimes; mais il étudie de grandes questions se rattachant aux plus importantes de ces matières, et à cette occasion il pose des principes et développe des idées générales qui sont de la plus grande fécondité pour l'interprétation de toutes les parties de nos lois maritimes.

En tête de ce volume, se trouve une préface dans laquelle l'auteur pose quelques principes généraux auxquels souvent il a l'occasion de se référer. Le Code de commerce reproduit l'ordonnance de 1681; beaucoup de ses dispositions excellentes, ou tout au moins assez rationnelles en 1807, ne cadrent plus avec les transformations que le commerce de mer a dû subir par suite, soit de la substitution des navires à vapeur aux navires à voiles activée par l'ouverture du canal de Suez, soit de la rapidité croissante des communications, soit de la reconnaissance dans beaucoup de pays des principes du libre-échange. Il résulte de là que l'application d'un grand nombre de dispositions de notre Code de commerce conduit

Digitized by Google

aujourd'hui à des conséquences fâcheuses. Selon M. de Courcy, la jurisprudence oublie trop facilement que les lois sont abrogées par la désuétude, et elle a le tort de ne pas tenir compte de l'adage de la vieille école : *Cessante ratione legis, cessat lex.*

Il y a assurément dans la théorie de l'abrogation par la désuétude brillamment développée par M. de Courcy une part de vérité ; mais il nous semble avoir quelque peu exagéré, au moins en la forme, la portée de principes exacts en eux-mêmes et dénaturé un vieil axiome qui ne paraît jamais avoir eu le sens qu'il lui attribue.

Selon l'auteur, les lois sont abrogées par la désuétude. En ces termes absolus, cette doctrine n'est guère soutenable. L'usage contraire ne peut prévaloir contre une loi impérative ou prohibitive. Ainsi jamais on ne saurait admettre, en vertu de l'usage, la validité de l'assurance du profit espéré ou du fret à faire. La doctrine de M. de Courcy n'est exacte, selon nous, qu'en ce qui concerne les lois interprétatives ; il aurait dû peut-être indiquer cette restriction ; mais en fait, dans l'application qu'il fait de sa doctrine, rien n'indique qu'il l'étende aux lois contenant des prohibitions qui d'ailleurs ne sont pas très-nombreuses en matière commerciale.

Pour ce qui est de la règle : *Cessante ratione legis, cessat lex*, selon l'auteur elle signifierait que, quand les circonstances à raison desquelles une loi a été faite disparaissent, la loi disparaît avec elles. Cet axiome nous semble n'avoir jamais été cité que comme règle d'interprétation, pour indiquer que les motifs de la loi faisant défaut dans certains cas que ses termes généraux paraissent pourtant embrasser, on peut en écarter l'application. Cette règle, avec la portée que lui donne M. de Courcy, conduirait aux solutions les plus arbitraires. Rien n'est plus difficile souvent que de déterminer les circonstances en vue desquelles la loi a été faite et que de décider si ces circonstances ont ou non cessé d'exister. Ainsi, pourquoi la loi française exige-t-elle la remise de place en place dans la lettre de change et a-t-elle persisté à l'exiger, bien qu'on s'accorde aujourd'hui à critiquer cette exigence? La loi, a-t-on dit souvent, a voulu empêcher qu'un emprunteur, en souscrivant une lettre de change, arrivât à se soumettre par convention à la contrainte par corps en violation de l'article 2063 du Code civil. S'il en est ainsi, il faudrait dire avec la doctrine de M. de Courcy que depuis la

Digitized by Google

suppression de la contrainte par corps en matière commerciale, une lettre de change peut être payable dans le lieu où elle est tirée. Personne n'a jamais soutenu cela depuis 1867. M. de Courcy lui-même l'admettrait-il? Nous en doutons fort. Que devient alors la règle : *Cessante ratione legis, cessat lex?*

Au surplus, dans tous les cas où réellement les motifs de la loi ont cessé d'exister, des usages contraires se sont développés et par suite, s'il s'agit d'une loi purement interprétative, il peut être décidé qu'elle se trouve abrogée par la désuétude. Il en est ainsi dans toutes les espèces que l'auteur examine dans son livre. Aussi, tout en repoussant énergiquement la règle qu'il pose, nous nous trouvons d'accord avec lui sur les solutions qu'il adopte.

Les *Questions de droit maritime* comprennent huit chapitres qui sont intitulés : l'emprunt à la grosse du capitaine (p. 25 à 125), le prêt (p. 125 à 183), l'abordage (p. 183 à 225), l'avarie commune (p. 225 à 269), les choses qui peuvent être assurées (p. 269 à 301), la réticence et l'erreur (p. 301 à 319), le vice propre de la chose (p. 301 à 319), la double assurance (p. 319 à 353).

Dans le chapitre du prêt à la grosse, l'auteur montre avec une remarquable précision qu'il existe une profonde différence entre le prêt à la grosse fait au propriétaire du navire et le prêt à la grosse fait en cours de route au capitaine; il prouve que la plupart des dispositions du Code de commerce sont relatives à la première espèce de prêt, qu'appliquées à la seconde, elles sont inexplicables. Bien plus, selon M. de Courcy, aucun article du Code de commerce ne concerne le prêt fait au capitaine sur les marchandises en cours de route; l'article 234, souvent cité comme se référant à ce prêt, fait allusion à un prêt sur gage supposant la remise des marchandises au prêteur. On ne saurait donc invoquer l'article 234, comme on l'a fait parfois, afin de faire du procès-verbal signé des principaux de l'équipage pour constater la nécessité de l'emprunt, une condition de l'existence du privilége. S'il y a privilége au profit du prêteur, c'est qu'il est créancier pour frais de conservation (art. 2102 C. civ., 3°) et pour les priviléges mobiliers le Code civil ne prescrit aucune formalité. D'ailleurs, le procès-verbal n'est utile, quand il s'agit même de prêt à la grosse fait sur un navire, qu'au capitaine pour couvrir sa responsabilité. Nous adhérons volontiers à cette doctrine brillamment défendue par l'auteur, surtout pour le

Digitized by Google

prêt fait sur les marchandises, mais est-il bien vrai que la jurisprudence la consacre? Cela nous paraît douteux. Les arrêts que cite M. de Courcy, le dernier jugement du tribunal de commerce de Marseille dont il a le soin de donner le texte, déclarent tous que le défaut des formalités prescrites par la loi est inopposable *au porteur de bonne foi* du billet de grosse. Peut-être la Cour de cassation et les tribunaux n'ont-ils voulu faire ici qu'une application du principe selon lequel le porteur d'un titre à ordre ne peut se voir opposer les exceptions opposables à un des endosseurs précédents.

Au point de vue pratique, sans doute, la jurisprudence peut arriver au même résultat que M. de Courcy, puisque le plus souvent le billet de grosse est à ordre et est endossé par le prêteur; mais en théorie l'argumentation de la jurisprudence et celle de M. de Courcy diffèrent quelque peu. Malgré tout ce qu'il y a d'entraînant dans les discussions de notre auteur, nous préférons les arguments donnés par les arrêts, au moins pour le prêt fait sur le navire. C'est faire bien bon marché de l'article 192-9° que d'admettre l'existence du privilége, lorsque les formalités prescrites par la loi, à tort ou à raison, n'ont pas été remplies. Avec l'argumentation des arrêts, on a l'avantage d'échapper à un formalisme rigoureux, sans cependant laisser de côté l'article 192-9°.

A propos du prêt à la grosse fait au capitaine, s'élève une question de droit international privé d'un assez grand intérêt pratique. — Quelles lois servent à déterminer les formalités à remplir quand le prêt à la grosse est fait dans un pays étranger? M. de Courcy combat avec la plus grande force l'idée selon laquelle il faudrait se référer aux lois du pays où se trouve le port de destination. Avec un pareil système on devrait observer les lois souvent contradictoires de divers pays, quand, ce qui est très-fréquent aujourd'hui, un navire est parti pour une destination indéterminée, à fixer en cours de route. M. de Courcy estime qu'en principe c'est la loi du pays du port d'attache du navire qui doit être observée. C'est là l'application d'une idée féconde et qui peut être ainsi formulée : En matière maritime, en cas de conflit de lois, la loi du pavillon du navire doit autant que possible être appliquée[1].

[1] Nous avons commencé dans le *Journal de droit international privé* la publication d'une série d'études dans lesquelles nous nous proposons de faire l'application de ce principe. (V. *Journ. du droit intern. privé*, 1877.)

Digitized by Google

Le second chapitre, consacré *au fret*, s'ouvre par une distinction trop souvent oubliée entre les cas où le fret est le prix d'un transport et ceux où il est le prix d'une location. La plupart des difficultés concernant le fret s'élèvent à propos de l'application de l'article 386 qui prescrit de comprendre dans le délaissement le fret des marchandises sauvées. Les plus intéressantes questions concernant le délaissement du fret sont étudiées. L'auteur appuie de sa grande autorité l'excellente doctrine selon laquelle, quand le fret est non restituable, le délaissement en est dû, même si les marchandises ont péri. Il admet qu'en cas de vente de marchandises sous l'eau au port de destination, le fret est dû en entier; et à ce propos M. de Courcy réfute une opinion que nous avions eu l'occasion d'exprimer et selon laquelle le fret est dû en pareil cas à raison de la proportion existant entre le prix des marchandises à l'état sain et celui pour lequel elles ont été vendues sous l'eau[1]. Nous persistons dans notre opinion, tout en reconnaissant que la solution n'est peut-être pas bien concordante avec l'article 309 qui déclare que le fret entier est dû en quelque état que les marchandises arrivent à destination. Cette considération ne nous arrête pas; M. de Courcy lui-même ne fait-il pas remarquer que les dispositions sur le fret sont pleines d'incohérences? Nous craignons que le désir de montrer le caractère exorbitant de l'article 309 n'ait déterminé l'auteur à en tirer des conséquences extrêmes.

Dans le chapitre consacré à l'abordage, l'auteur critique avec raison le partage du préjudice entre les propriétaires des navires abordeur et abordé, quand il y a doute sur la cause de l'abordage. Il faudrait en ce cas abroger l'article 407 et appliquer le droit commun selon lequel chacun devrait supporter le dommage causé à son navire. Cette disposition n'est que bien secondaire auprès de celles des articles 435 et 436 que la jurisprudence étend avec une excessive rigueur, à des cas pour lesquels ils ne paraissent pas avoir été faits, celui d'abordage en pleine mer notamment. C'est bien là le cas de citer la règle : *Cessante ratione legis, cessat lex.* La loi est générale dans ces termes; mais, en certain cas, les motifs qui l'expliquent faisant défaut, on ne devrait pas l'appliquer. C'est précisément pour cette raison que nous approuvons complétement la jurisprudence qui ne

[1] *Journal du Palais*, p. 1105.

Digitized by Google

fait pas dépendre de la diligence du capitaine la conservation des actions en indemnité pour morts ou blessures.

Il faut reconnaître avec M. de Courcy qu'il est exorbitant que la loi fasse dépendre le sort de toutes les personnes qui, à raison de l'abordage, ont éprouvé un dommage, du soin avec lequel le capitaine accomplira les formalités des articles 435 et 436. Mais, le système de la loi étant donné, on peut bien dire que le capitaine est le mandataire légal des chargeurs. M. de Courcy critique vivement cette qualification. Quel nom veut-il donc qu'on donne à une personne que la loi charge de la conservation des droits d'autres personnes? Au surplus, le système de la loi étant constant, n'y a-t-il pas là seulement une question de mot?

Le chapitre de l'*avarie commune* est plein d'idées excellentes. On pourrait, comme le dit M. de Courcy, composer une bibliothèque des volumes écrits et des décisions rendues sur des questions d'avaries communes; mais dans ces volumes et dans ces décisions, les erreurs sont nombreuses. L'obscurité des dispositions de la loi sur la matière n'a pas peu contribué à les provoquer. C'est à réfuter ces erreurs, à éclaircir les dispositions obscures de la loi que le chapitre de l'avarie commune est consacré. L'auteur ne voit pas dans la théorie des avaries communes une théorie spéciale au droit maritime, mais un principe d'équité qui doit s'appliquer toutes les fois que, dans un intérêt commun, un sacrifice volontaire est fait. Déjà de célèbres commentateurs du droit romain, à propos du titre du Digeste concernant la loi *Rhodia de jactu*; ont professé cette doctrine. Elle a été défendue spécialement par Lauterbach dans une dissertation dont le titre indique suffisamment l'objet : *De equitate et extensione legis Rhodiæ*[1].

Le chapitre intitulé : *Des choses qui peuvent être assurées* est une vive critique d'un arrêt de la Cour de cassation qui a annulé l'assurance de la créance d'un prêteur contre un propriétaire de navire, sous le prétexte que l'objet de l'assurance (la créance) n'est pas en ce cas exposé aux risques de mer, puisque la créance subsiste malgré la perte du navire de l'emprunteur. Nous avons peine à comprendre cette décision en présence de l'article 334 qui déclare assurable toute chose estimable à prix d'argent et sujette aux risques

[1] *Laucerbachii dissertationes academitæ* (1728, *Tubingæ*).

Digitized by Google

de la navigation. M. de Courcy réfute la doctrine de l'arrêt avec une grande force de raisonnement. Du reste pourquoi, en admettant même qu'il n'y ait pas là une assurance maritime, ne validerait-on pas ce contrat comme constituant une assurance terrestre?

Les deux chapitres suivants traitent de causes qui sont, en matière d'assurances, la source de nombreuses difficultés, *la réticence*, *l'erreur et le vice propre*.

Quant au dernier chapitre sur *la double assurance*, il a pour but principal de démontrer qu'en cas de concours de plusieurs assurances sur le même objet, on ne doit pas toujours appliquer la règle de l'ordre des dates, conformément à l'article 359. Il y a là encore des applications curieuses et très-exactes de la règle : *Cessante ratione legis*, etc., considérée, non pas comme cause d'abrogation, mais comme règle d'interprétation des lois. La plupart des solutions admises par l'auteur ont été consacrées formellement par le Code de commerce allemand qui, pourtant en principe, admet la règle de l'ordre des dates (art. 792 et suiv.).

Nous n'avons pu présenter ici qu'un résumé très-succinct des questions étudiées par M. de Courcy. C'est le livre lui-même qu'il faudrait reproduire presque en entier, si l'on voulait citer tous les passages qui méritent d'être signalés. M. de Courcy à une expérience consommée des affaires maritimes joint deux qualités nécessaires au jurisconsulte, un grand bon sens et une aversion profonde contre l'esprit de chicane. Recherchant avant tout ce qui est juste et conforme aux intérêts du commerce, il interprète la loi avec une rare largeur d'esprit; mais il ne se borne pas à être un excellent commentateur; il ne manque jamais l'occasion de critiquer la loi, quand elle lui paraît mauvaise, et d'indiquer les réformes qu'elle exigerait. Cela contribue à augmenter l'intérêt du livre déjà si attrayant par la vivacité et l'éclat de la forme. Les *Questions de droit maritime* ne seront pas lues avec moins de profit par le législateur que par le jurisconsulte. Tous ceux qu'intéressent les progrès de l'interprétation de nos lois maritimes et l'amélioration de ces lois doivent désirer vivement avec nous que M. de Courcy continue l'œuvre commencée avec un si éclatant succès, en publiant un second volume.

CH. LYON-CAEN.

Digitized by Google

DE LA PROTECTION ACCORDÉE AUX ŒUVRES D'ART, AUX PHOTOGRAPHIES, AUX DESSINS ET MODÈLES INDUSTRIELS ET AUX BREVETS D'INVENTION DANS L'EMPIRE D'ALLEMAGNE[1],

Par M. André Morillot,
substitut du procureur général près la Cour d'appel de Douai.

Compte rendu par M. A. Esmein, agrégé à la Faculté de droit de Douai.

Le livre dont nous allons parler donne, — chose rare, — plus encore qu'il ne promet. Le titre, à vrai dire, ne révèle pas tout le contenu de l'ouvrage. Celui-ci se divise en deux parties.

La première partie est consacrée aux lois de l'Empire d'Allemagne, votées en 1876 et en 1877, qui ont pour but de protéger les œuvres des arts figuratifs, les dessins et modèles industriels et les photographies contre la contrefaçon, et de fixer le régime des brevets d'invention. Ces textes importants sont traduits avec une précision qui dénote chez l'auteur, en même temps qu'une connaissance complète de la langue allemande, la pleine possession du langage juridique. Les traductions sont précédées de notices qui indiquent les précédents, et accompagnées d'un riche commentaire, où sont utilisées toutes les données des travaux préparatoires. Cette première partie offrira un très-vif attrait aux jurisconsultes français, curieux de législation comparée; en Allemagne, elle pourrait avoir une vérltable utilité pratique.

La seconde partie contient une étude théorique sur la nature et l'étendue du droit d'auteur. Ici M. Morillot, s'éloignant de la législation allemande, se place sur le terrain des principes. Dans un premier chapitre il examine la nature du droit d'auteur, considéré à un point de vue général. Les lecteurs de la *Revue critique* ont eu la primeur de cette portion de l'ouvrage[2]. Ils savent que M. Morillot est un adversaire déclaré du système qui voit dans le droit d'auteur une véritable propriété. L'œuvre, dit-il, toujours distincte de l'objet matériel dans lequel elle se réalise, n'est pas autre chose que la pensée créatrice. Avant la publication elle se confond avec la personnalité même de l'auteur; après la publication elle ne change point de nature. Elle est absolu-

[1] Paris, A. Cotillon et C°; Berlin, Puttkammer et Mühlbrecht.
[2] Voy. numéro de février 1878, p. 111 sqq.

Digitized by Google

ment inappropriable; par le fait même de la publication elle a été irrévocablement communiquée au public. Aussi toutes les législations se refusent à reconnaître au droit d'auteur la perpétuité, qui est l'un des attributs essentiels de la propriété. Ceux qui lui sont le plus favorables admettent au moins qu'au bout d'un certain temps il se transformera en un simple droit à une redevance. Comment parler de droit perpétuel lorsqu'il s'agit de l'œuvre du dessinateur ou modeleur industriel?

Pour M. Morillot le droit de l'auteur se décompose en deux droits distincts. L'un, tout moral, le protége contre la reproduction qui dénaturerait son œuvre ou l'attribuerait à un nom étranger. Un tel plagiat appelle toujours une réparation : il attaque, non l'œuvre, mais la personne elle-même; l'auteur ou ses héritiers pourront toujours invoquer contre le plagiaire les principes généraux du droit et, chez nous, l'article 1382 du Code civil. — L'autre droit, ou droit d'auteur proprement dit, est une création artificielle de la loi positive. Dès que l'œuvre est publiée, à la rigueur tout homme, suivant l'instinct d'imitation qui est la loi de sa nature, aurait pu impunément le reproduire. Mais cette rigueur, longtemps admise, est contraire aux véritables intérêts de la société. Aussi, en vertu d'une sorte d'échange fictif, la société, en recevant l'œuvre, accorde à l'auteur un droit exclusif de reproduction, qu'elle protége énergiquement, mais qu'elle limite dans sa durée. Cette conception se plie à tous les besoins, elle permettra de mesurer la protection à la dignité et à l'importance de l'œuvre. M. Morillot, en effet, dans un deuxième chapitre, poursuivant une fine analyse, établit l'identité de nature qui existe entre les diverses œuvres intellectuelles, et en même temps les degrés qui les séparent.

Tel est ce système, qui déroule une pensée logique dans son entier développement; et ces idées, pourtant fort abstraites, sont exprimées dans une langue précise, souple et animée. Malgré tout ce que cette exposition a de séduisant, il nous reste des doutes. Les bons esprits sont encore nombreux en France, qui tiennent pour une véritable propriété intellectuelle. L'auteur ne peut-il pas invoquer la cause justificative de toute propriété, le travail? D'autre part, il ne nous semble pas démontré que l'œuvre soit inappropriable, lorsque la publication lui a donné une existence distincte. Sans doute, quelques-unes des utilités qu'elle peut produire

Digitized by Google

ne sont pas susceptibles d'appropriation; elles ont été irrévocablement communiquées par la publication; mais même pour les objets matériels, quelques-uns des avantages qu'ils procurent, leur vue et leur aspect, par exemple, ne comportent pas une jouissance exclusive. Ce ne sont point ces rapports que le droit considère; il s'inquiète des avantages pécuniaires, estimables en argent. L'utilité que procure l'œuvre à ce point de vue, le droit de reproduction proprement dit, est certainement appropriable. Il est vrai qu'en face des prétentions légitimes de l'auteur se placent l'intérêt de la société, les exigences de la civilisation et du progrès; et le droit de propriété intellectuelle, s'il est reconnu, perdra néanmoins dans ce conflit quelque chose de son caractère absolu. Il y a là un droit nouveau, né dans les sociétés modernes, auquel il est difficile d'appliquer la notion, toute matérialiste, de la propriété, que nous ont transmise les jurisconsultes romains. — Il faut reconnaître aussi que la tendance des législations modernes ne les entraîne point vers la reconnaissance de la *propriété intellectuelle*. En Angleterre, par exemple, à un moment donné on reconnut à l'écrivain sur son ouvrage un véritable droit de propriété perpétuelle suivant la *Common Law*, mais des *Acts* ayant ensuite organisé une protection plus efficace, mais temporaire, des droits d'auteur, le droit de propriété fut absorbé et disparut[1].

Dans un dernier chapitre, M. Morillot s'occupe des photographies. Il blâme énergiquement le législateur allemand d'avoir accordé au photographe un droit exclusif de reproduction sur la photographie; et nous nous associons pleinement à cette critique. Nous sommes ici en présence d'un travail tout mécanique, dans lequel l'intelligence de l'homme n'intervient que pour disposer les appareils : ici, pourrait-on dire, le véritable auteur, c'est la lumière. A. ESMEIN.

[1] Voy. Stephen, *Commentaries on the laws of England*. Édit. 1874, t. II, p. 35 et 36.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, rue Racine, 26.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

QUESTIONS PRATIQUES SUR LA CONTUMACE.

Par M. René Garraud, avocat, agrégé à la Faculté de droit de Lyon.

I. *Des effets de l'arrêt de condamnation.*
II. *Des conséquences de la comparution du condamné dans le délai de la prescription.*

L'organisation de la contumace se présente, dans notre législation criminelle, avec des caractères en quelque sorte contradictoires : — Dans le délai de la prescription de la peine, une condamnation par contumace ne peut être matériellement exécutée, parce qu'elle n'est pas irrévocable; — et, lorsque la condamnation est devenue irrévocable, la peine ne peut plus être subie, parce qu'elle est prescrite (art. 476 C. inst. crim.).

C'est de cette contradiction plus apparente que réelle que naissent toutes les difficultés qui ont été soulevées en pratique, tant sur les effets de la condamnation par contumace que sur les conséquences de la comparution du condamné. Pour les résoudre, la jurisprudence a cru inutile jusqu'ici de rechercher et de préciser les véritables caractères d'une condamnation par contumace; et c'est faute de l'avoir fait qu'elle est arrivée à des solutions souvent peu logiques, quelquefois même contradictoires.

Quel est donc le véritable caractère d'un arrêt rendu par contumace?

On serait tenté tout d'abord d'assimiler une condamnation par contumace à une condamnation contradictoire, mais susceptible de recours, qui ne devient exécutoire, et ne produit d'effet, que lorsqu'elle est irrévocable. Mais il suffit d'un peu de réflexion pour voir que tel ne saurait être le caractère d'une condamnation par contumace. Un individu est condamné par arrêt contradictoire à cinq ans de travaux forcés; durant les trois jours qui lui sont donnés pour se pourvoir en cassation, non-seulement la peine prononcée ne peut être exécutée, mais encore les autres effets de la condamnation

Digitized by Google

ne peuvent en être la conséquence; la condamnation par contumace, au contraire, avant même l'expiration des délais de prescription, produit des effets certains et déterminés : ainsi, la dégradation civique est encourue par le condamné du jour de l'exécution par effigie (art. 29 C. pén.); cinq ans après cette exécution, le condamné par contumace est incapable de disposer et de recevoir à titre gratuit et le testament qu'il aurait fait en état de capacité est annulé (art. 2 de la loi du 21 août 1854), etc.

Il faut donc reconnaître que la condamnation par contumace n'est pas rendue sous condition suspensive, mais bien plutôt sous condition résolutoire : ce n'est pas l'expiration des délais de prescription qui fait produire à l'arrêt les effets dont il est susceptible, c'est au contraire la comparution du condamné qui anéantit rétroactivement les effets produits par l'arrêt de condamnation. Ce point de vue est évidemment celui de la loi, puisque l'article 476 du Code d'instruction criminelle nous dit que « si l'accusé se constitue prisonnier ou s'il est arrêté avant que la peine soit éteinte par prescription, le jugement rendu par contumace et les procédures faites contre lui depuis l'ordonnance de prise de corps ou de se représenter, *seront anéantis de plein droit...* »

Il n'y a rien d'étrange, du reste, à voir un jugement produire des effets qui, par l'événement d'une condition, pourront être rétroactivement anéantis ; est-ce que tous les jugements et arrêts de condamnation ne sont pas rendus sous condition résolutoire? est-ce que leur existence définitive est jamais certaine? Toutes les législations, préoccupées des erreurs judiciaires, réservent, en effet, contre les décisions en dernier ressort, des voies de recours exceptionnelles, dont le fonctionnement rare et difficile suppose, du reste, une procédure spéciale et des causes bien déterminées. La *révision* est inscrite dans le Code de procédure civile comme dans le Code de procédure pénale. En cas de condamnation par contumace, la *résolution* se produira sans doute de plein droit par l'effet seul de la comparution du condamné; la révision fonctionnera comme une institution régulière et normale : mais pourquoi? Parce que les chances d'erreur de la procédure par contumace sont plus nombreuse que celles de la procédure contradictoire et qu'il importe de ne pas attacher

Digitized by Google

la même autorité à un arrêt rendu sans défense et à un arrêt rendu après toutes les garanties d'une libre défense. Ce que je veux dire, c'est que le principe d'une résolution possible des arrêts de condamnation est inscrit dans nos lois, et que nous ne trouvons, en matière de contumace, qu'une application spéciale de ce principe, une présomption en vertu de laquelle tout arrêt de condamnation doit être anéanti, s'il est par contumace, en cas de comparution du condamné.

Puisque l'arrêt par contumace est rendu sous condition résolutoire, pour déterminer ses effets, ainsi que les conséquences de la comparution du condamné, nous n'aurons qu'à appliquer l'article 1183 du Code civil : « La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la « *révocation* de l'obligation et *qui remet les choses au même état* « que si l'obligation n'avait pas existé. — *Elle ne suspend* « *point* l'exécution de l'obligation ; elle oblige seulement le « créancier à restituer ce qu'il a reçu, dans le cas où l'événement prévu par la condition arrive. »

C'est par ces principes si simples que nous résoudrions toutes les difficultés d'espèces qui peuvent se présenter ; j'en choisis deux parce qu'elles ont appelé l'une et l'autre l'attention des tribunaux et qu'elles ont donné lieu à des décisions intéressantes.

I

Le 28 octobre 1856, un sieur Petitjean a été condamné, par contumace, aux travaux forcés à perpétuité par la Cour d'assises de la Haute-Marne. Le jury l'avait déclaré coupable : 1° de deux tentatives de viol et d'un viol sur une fille Antoinette Simon ; 2° d'un autre viol sur la fille Mélanie Prister.

Par le même arrêt, il a été alloué au sieur Pierre Prister, intervenant comme partie civile pour sa fille mineure, une somme de 5,000 francs à titre de dommages-intérêts.

L'administration des Domaines ayant placé sous séquestre les biens du contumax, des poursuites ont été exercées contre elle par un créancier de Petitjean ; les immeubles de ce dernier ont été vendus judiciairement à la barre du tribunal de Vassy moyennant un prix principal de 6,515 francs.

Digitized by Google

A l'ordre ouvert sur ce prix, le juge-commissaire a colloqué, d'abord provisoirement, puis définitivement, le sieur Pierre Simon, ancien huissier à Chaumont, cessionnaire de la créance Prister, pour la somme totale de 5,733 fr. 15 c., sur laquelle il a touché, effectivement, des mains de l'adjudicataire, celle de 5,597 fr. 39 c., les fonds ayant manqué sur lui. Le contumax était représenté à cet ordre par la régie des Domaines, et le règlement définitif a été signé le 12 juillet 1858.

Petitjean est venu purger sa contumace dans les délais légaux, et, par arrêt contradictoire du 25 juillet 1859, il a été condamné à la même peine des travaux forcés à perpétuité, mais pour tentative de viol et attentat à la pudeur sur la fille Simon seulement, la réponse du jury ayant été négative du chef de viol sur la fille Prister.

C'est dans ces conditions que Petitjean, aujourd'hui libéré, a formé contre la veuve et les héritiers du sieur Pierre Simon une demande en répétition de la somme de 5,597 fr. 39 c., indûment touchée, suivant lui, par leur auteur, en vertu de l'arrêt de contumace du 28 octobre 1856 et du règlement définitif de l'ordre du 12 juillet 1858.

Sur cette demande le tribunal civil de Chaumont a rendu, le 13 février 1878, un jugement dont voici les termes :

« Attendu qu'il est sans intérêt, pour la solution du litige pendant, de rechercher au point de vue des réparations civiles, les conséquences juridiques qu'a pu avoir, sur l'arrêt du 26 octobre 1856, le fait par Petitjean d'avoir purgé sa contumace;

« Qu'en effet, en 1858, les biens de ce dernier ont été saisis et vendus à la barre du tribunal de Vassy, qu'un ordre a été ouvert et réglé définitivement sur le prix en provenant, et que Simon, cessionnaire de la partie civile, a été colloqué pour la somme de 5,000 francs montant de sa créance qu'il a touchée;

« Que Petitjean, alors frappé d'incapacité légale et privé de l'administration de ses biens par l'arrêt de contumace, a été légalement représenté à ces procédures par la direction des Domaines, agissant conformément aux articles 471 et suivants du Code d'instruction criminelle; qu'elles sont donc contradictoires avec lui ;

Digitized by Google

« Attendu que, lors du règlement provisoire, les parties intéressées avaient le droit de critiquer ce travail, mais que les délais fixés par la loi pour fournir ces contredits s'étant écoulés sans réclamation, elles sont présumées avoir reconnu la régularité des opérations en la forme et au fond ;

« Que, dans le règlement provisoire, le juge a déterminé les droits des parties, reconnu la légitimité de leurs prétentions et réglé le rang que les créanciers devaient occuper;

« Que le règlement définitif, qui est intervenu ensuite, n'a fait que donner à ces opérations le caractère de fixité qui leur manquait et les rendre authentiques et exécutoires;

« Que si Petitjean ou son représentant légal s'étaient crus fondés à critiquer, pour quelque cause que ce fût, le règlement provisoire, ils devaient le faire dans le mois qui a suivi la dénonciation; mais, qu'ayant laissé passer ce délai sans protestation, ils ont encouru la forclusion prononcée par l'article 756 du Code de procédure civile;

« Attendu, au surplus, que cette décision a été exécutée par le créancier qui a touché le montant de sa collocation, et par le débiteur, qui ne s'y est pas opposé ;

« Que le règlement définitif du 12 juillet 1858 a donc acquis l'autorité de la chose jugée et que les défendeurs sont bien fondés à opposer l'exception qui en dérive ;

« Sur les moyens tirés de la répétition de l'indu :

« Attendu que si, aux termes des articles 1376 et 1377 du Code civil, une action en répétition est ouverte au profit de celui qui, par erreur, a payé ce qu'il ne devait pas et contre la personne qui aurait, sciemment ou par erreur, reçu ce qui ne lui était pas dû, cette action n'existe que lorsque les payements sont faits sans cause, par erreur, ou reposent sur une cause fausse ;

« Attendu que Simon avait produit à l'ordre en vertu de l'arrêt de contumace, condamnant Petitjean à payer à Mélanie Prister 5,000 francs de dommages-intérêts ;

« Que l'on pouvait sans doute contester le caractère définitif de ce chef donné à la collocation, mais qu'il était im possible au séquestre, en l'absence du contumax, de discuter le mérite du titre et la créance qu'il constatait;

« Qu'en n'élevant pas de contredit, Petitjean, légalement

Digitized by Google

représenté, ainsi qu'il est dit plus haut, a implicitement accepté le travail du juge en son entier;

« Attendu que le payement effectué en exécution de cette collocation avait une cause légitime, c'est-à-dire la réparation d'un préjudice;

« Que cette réparation pouvait être l'objet d'un compromis, d'une transaction ou d'une action judiciaire;

« Que Petitjean avait intérêt à donner satisfaction à la partie civile avant de purger sa contumace, parce que les tribunaux avaient la faculté, même en l'acquittant, de le condamner à des dommages-intérêts, et, en tous cas, d'élever le chiffre de ceux précédemment alloués;

« Attendu, à un autre point de vue, qu'indépendamment des obligations légales, il en est d'autres qui, prenant leur source dans la conscience, dans des sentiments d'honnêteté ou d'honneur, constituent les dettes dites naturelles; que, bien que ces obligations ne donnent pas naissance à des actions en justice, leur acquittement volontaire est cependant valable sans que les sommes versées pour cette cause soient sujettes à restitution; que la dette de Petitjean envers Mélanie Prister dérivait au moins d'une obligation de cette espèce, de nature à motiver le silence gardé à l'ordre, et le payement qui en a été la conséquence; qu'à quelque point de vue qu'on l'envisage, ce payement n'est donc pas entaché d'erreur; qu'il n'a pas été fait sans cause et qu'il ne repose pas sur une cause fausse; qu'en conséquence, la demande en répétition n'est pas fondée;

« Attendu, enfin, qu'en laissant Simon toucher et conserver pendant plusieurs années, sans réclamation, les dommages-intérêts alloués par l'arrêt de contumace, Petitjean l'a mis dans l'impossibilité de se constituer partie civile lors de l'arrêt définitif de la Cour d'assises, et qu'avant d'intenter le procès actuellement pendant, il a attendu que l'action civile fût éteinte par la prescription; que cette tactique, assurément habile, a singulièrement compromis les intérêts des défendeurs et donné la mesure de la moralité de la demande;

« Attendu, en conséquence, que l'action en répétition n'est ni recevable, ni fondée, et qu'il y a lieu de la repousser;

« Par ces motifs,

« Déclare Petitjean non recevable, en tous cas mal fondé

Digitized by Google

en sa demande, l'en déboute et le condamne aux dépens. »

L'espèce résolue par le tribunal de Chaumont donne lieu aux deux questions suivantes :

1° Les condamnations à des dommages-intérêts, prononcées par contumace au profit d'une partie civile, sont-elles susceptibles d'une exécution forcée?

2° L'exécution forcée de ces condamnations, au cas où elle serait possible et où elle aurait eu lieu, empêche-t-elle le condamné, après sa comparution et son acquittement, de répéter les sommes ainsi payées?

A. Lorsque les délais de la prescription de la peine sont expirés, sans que le condamné par contumace se soit représenté ou ait été arrêté, la condamnation devient irrévocable, et, sans qu'il puisse y avoir de doute sur ce point, la partie civile, qui a obtenu des dommages-intérêts, a le droit de faire exécuter l'arrêt de condamnation; d'une part, en effet, la prescription pénale ne lui est pas opposable, puisque les « condamnations civiles portées par les arrêts » se prescrivent « d'après les règles établies par le Code civil » (art. 642 C. inst. crim. et 2262 C. civ.); d'autre part, le titre, en vertu duquel a lieu l'exécution, est désormais irrévocable. Mais la partie civile peut-elle, pendant les délais de la prescription de la peine, alors que la condamnation n'est pas définitive, faire saisir et vendre les biens du condamné et se faire colloquer dans une contribution ou un ordre?

Le tribunal de Chaumont n'avait pas à se prononcer sur la question; il indique cependant que l'administration des domaines, représentant le condamné, aurait pu contester le caractère définitif de l'arrêt pour écarter toute collocation au profit de la partie civile. C'est là un point de vue certainement inexact. L'arrêt rendu par contumace, sans être irrévocable, est définitif. Tant que le condamné ne se présente pas et n'est pas arrêté, l'arrêt produit les effets dont il est susceptible; ce qui est subordonné à une condition, c'est sa résolution et non son existence. L'arrêt rendu par contumace a les effets d'un arrêt contradictoire, sauf en ce qui concerne les peines nécessitant une exécution matérielle et supposant, par conséquent, l'arrestation du prévenu. J'admets donc, sans difficulté, que les condamnations civiles peuvent être

Digitized by Google

exécutées par la partie civile et les amendes recouvrées par l'administration, pendant les délais qui sont donnés au condamné pour purger sa contumace.

B. Mais le condamné comparaît avant que la peine soit éteinte par prescription; il purge sa contumace et obtient un acquittement; peut-il répéter ce qui a été payé à la partie civile? Je ne vois vraiment pas comment on repousserait le principe même de sa demande; aux termes de l'article 476 du Code d'instruction criminelle, le jugement rendu par contumace est anéanti de plein droit par la comparution du condamné. Le payement a donc servi à éteindre une dette qui n'existait pas, puisque le titre qui lui avait donné naissance se trouve rétroactivement annulé et, en vertu même de l'article 1183, le créancier est obligé de restituer. Je ne m'appuie pas, pour autoriser la répétition, sur l'article 1235 du Code civil : « Tout payement suppose une dette, ce qui a été payé sans être dû est sujet à répétition »; je ne veux pas entrer, en effet, dans l'examen de la question de l'obligation naturelle que le tribunal de Chaumont a, assez inexactement du reste, abordée et discutée. Le terrain sur lequel je me place est bien plus solide; car, pour exercer son action en répétition, le condamné n'a qu'une chose à dire : « J'ai payé ce que je devais en vertu de l'arrêt de condamnation, mais cet arrêt était subordonné à une condition résolutoire; cette condition s'est accomplie, vous êtes obligé de restituer ce que vous avez reçu. » Bien entendu, la prétendue victime de l'infraction a le droit de se constituer de nouveau partie civile dans la procédure contradictoire ou d'agir contre l'accusé devant les tribunaux civils; l'arrêt étant non avenu, la question des dommages et intérêts se pose de nouveau, comme si elle n'avait pas été examinée par les premiers juges.

Le tribunal civil de Chaumont, dans la décision que nous avons rapportée, ne conteste pas directement ces principes, mais il prétend que l'espèce n'est plus entière, car la partie civile, ayant été colloquée dans un ordre judiciaire, peut repousser toute action en répétition par l'exception de chose jugée résultant du règlement définitif de l'ordre. *A contrario*, si cette circonstance n'existait pas, si le payement avait eu lieu en dehors de toute procédure judiciaire, la répétition

Digitized by Google

serait donc fondée. C'est ce qui me paraît résulter implicitement des motifs du jugement.

Il me semble très-exact de dire, avec le tribunal de Chaumont, que le règlement définitif et judiciaire de l'ordre a l'autorité de la chose jugée et peut être opposé à toute action en répétition.

Mais le contumax, qui se représente et qui est acquitté, n'a-t-il pas quelque moyen de faire tomber l'autorité qui s'attache à la chose jugée, pour arriver à exercer l'action en répétition? C'est un point qui n'a pas été examiné par le tribunal de Chaumont; du reste, en présence d'une simple action en répétition, le tribunal ne pouvait qu'accueillir la fin de non-recevoir qui était opposée au demandeur.

Mais le contumax, à qui la partie civile opposait une fin de non-recevoir tirée de l'exception de chose jugée, aurait pu être tenté de répondre par une demande incidente en requête civile. L'article 491 du Code de procédure, prévoyant un incident de cette espèce, décide que « si une partie veut attaquer par la requête civile un jugement produit dans une cause pendante en un tribunal autre que celui qui l'a rendu, elle se pourvoira devant le tribunal qui a rendu le jugement attaqué, et le tribunal saisi de la cause dans laquelle il est produit pourra, suivant les circonstances, passer outre ou surseoir. » Dans l'espèce, le tribunal civil de Chaumont, si cet incident avait été soulevé devant lui par le demandeur, aurait dû passer outre. La requête civile, en effet, ne peut être employée que contre les jugements rendus en dernier ressort (art. 480 C. pr. civ.). Ainsi, la partie qui, ayant été condamnée en *premier ressort*, a laissé passer le délai de la loi sans user de son droit d'appel, ne peut point recourir à la requête civile. Elle est alors réputée avoir acquiescé au jugement, ce qui le rend absolument irrévocable. Or, la décision du juge-commissaire colloquant la partie civile pour le montant des dommages-intérêts, pouvait être *contredite* devant le tribunal, et le jugement sur contredit pouvait être lui-même frappé d'appel, puisque la somme contestée excédait 1,500 francs (art. 762 C. pr. civ.). Le règlement définitif du juge-commissaire n'était donc pas en dernier ressort.

Si l'administration des domaines, qui représentait légalement le contumax, avait contesté la collocation de la partie

Digitized by Google

civile devant le tribunal et frappé d'appel le jugement refusant d'admettre ses contredits, la situation du contumax acquitté eût été bien différente et, à l'exception de chose jugée résultant de l'arrêt de la Cour, le condamné aurait pu répondre par une demande en requête civile; le tribunal civil de Chaumont aurait dû surseoir alors à statuer jusqu'au jugement sur requête civile. Je ne fais aucun doute, du reste, sur l'issue favorable de la requête civile dans l'espèce : « Les jugements contradictoires, dit l'article 480 du Code de procédure civile, rendus en dernier ressort par les tribunaux de première instance ou d'appel... pourront être rétractés sur la requête de ceux qui y auraient été parties ou dûment appelés pour les causes ci-après... 9° *Si l'on a jugé sur pièces reconnues ou déclarées fausses depuis le jugement...* » Or, la collocation définitive dans l'ordre a été accordée à la partie civile par la Cour, en vertu de l'arrêt par contumace portant condamnation à des dommages-intérêts; cette pièce a été « reconnue fausse » depuis, par suite de la représentation et de l'acquittement du contumax; nous sommes donc dans les termes mêmes de la requête civile.

Mais, pourrait-on dire, l'arrêt de contumace n'est pas une pièce *fausse;* qu'y a-t-il, en effet, de *supposé* dans cet acte? Il n'a plus de valeur sans doute, il est anéanti et ne peut plus produire d'effets; mais par suite d'une circonstance qui ne porte aucune atteinte à sa vérité.

Je reconnais, en effet, — et c'est la seule portée que je donne à cette objection, — que l'attention du législateur, dans le neuvième alinéa de l'article 480, s'est surtout portée sur l'hypothèse d'un faux déclaré ou reconnu depuis le jugement; mais les termes dont se sert la loi sont assez larges pour comprendre même les hypothèses où la pièce qui a servi de titre au jugement a été reconnue sans valeur. Qu'est-ce qu'un titre faux? *C'est un titre qui n'est pas vrai.* Or, le titre qui avait établi la dette de dommages et intérêts n'est plus vrai et ne l'a jamais été, puisque la procédure par contumace est anéantie par la comparution du condamné.

Les solutions que je viens de donner dans cette première espèce m'aideront à résoudre une seconde question qui se lie à celle-là et qui est certainement plus importante et plus pratique.

Digitized by Google

II

« La condamnation de l'un des époux à une peine infamante, nous dit l'article 232 du Code civil, sera pour l'autre époux un cas de divorce » et par conséquent de séparation de corps (art. 306). Que cette disposition soit générale et s'applique aux condamnations par contumace comme aux condamnations contradictoires, personne n'en a jamais douté, le texte ne distinguant pas. Mais la loi ne nous dit pas quel sera le moment à partir duquel l'un des époux pourra demander la séparation de corps, en se fondant sur une condamnation à une peine infamante prononcée par contumace contre son conjoint.

Un point certain, c'est qu'après l'expiration du délai donné au condamné pour purger sa contumace, son conjoint a le droit de provoquer la séparation de corps.

Mais le conjoint du condamné est-il obligé d'attendre l'expiration de ce délai pour introduire sa demande?

Une opinion, qui paraissait jusqu'ici dominante en jurisprudence, retardait, en effet, jusqu'à cette époque, l'exercice de l'action en séparation de corps [1].

A l'appui de cette jurisprudence, les auteurs qui l'adoptent, et ils sont nombreux, font valoir deux arguments : — Avant l'accomplissement de la prescription, la condamnation par contumace n'est pas irrévocable, puisqu'elle peut être purgée. Permettre aux tribunaux de prononcer une séparation de corps en s'appuyant sur une condamnation par contumace, ce serait exposer la justice à prononcer une séparation de corps en vertu d'un jugement qui plus tard pourrait être réformé. L'innocence de l'époux condamné par contumace serait peut-être reconnue dans une procédure contradictoire; il serait établi qu'aucune condamnation infamante n'a atteint son honneur, et cependant il demeurerait séparé d'avec son conjoint, car le jugement prononçant la séparation de corps aurait acquis force de chose définitivement jugée. — L'article 261 du Code civil est formel dans le même sens : « Lorsque le divorce sera demandé par la raison qu'un des

[1] Conf. Crim. rej., 17 juin 1813, Paris, 6 août 1840 (*Jurisp. générale*, v° SÉPARATION DE CORPS, n° 82).

Digitized by Google

« époux est condamné à une peine infamante, les seules « formalités à observer consisteront à présenter au tribunal « de première instance une expédition en bonne forme du « jugement de condamnation, avec un certificat de la Cour « d'assises, portant que ce même jugement *n'est plus suscep-* « *tible d'être réformé par aucune voie légale*[1]. »

Un arrêt de la Cour de Dijon est venu, assez récemment, donner une solution toute nouvelle, en admettant que la condamnation de l'un des époux à une peine infamante prononcée par coutumace est, pour l'autre époux, une cause immédiate de séparation de corps[2].

Les arguments principaux de la Cour de Dijon se tirent de l'histoire de la rédaction de l'article 232 du Code civil.

La disposition qui forme aujourd'hui l'art. 232 ne figurait pas dans le projet de la commission chargée de préparer les éléments d'un Code civil; mais, sur la réclamation du tribunal de cassation et de plusieurs tribunaux d'appel, elle fut admise par le Conseil d'État et figura dans tous les projets postérieurs. Dans la séance du Conseil d'État du 26 octobre 1801, M. Emmery présenta, dans le chapitre *Des causes du divorce*, un article ainsi conçu, qui fut adopté sans discussion : « La condamnation *définitive* de l'un des époux à une peine infamante est une cause de divorce. » Malgré cette adoption, M. Emmery, dans la séance du 27 décembre, apporta une nouvelle rédaction qui disait simplement : « La condamnation de l'un des époux à une peine infamante sera pour l'autre une cause de divorce. » (Art. 5.) L'article 34 du même projet était analogue à l'article 261 du Code civil.

[1] Valette, *Cours de Code civil*, t. I, p. 367; *Explication sommaire*, p. 140.— Aubry et Rau, t. V, § 491, note 27.— Delvincourt, t. I, p. 191.— Duranton, t. II, p. 560. — Demolombe, t. IV, p. 397. — Toullier, t. II, p. 673.—Dalloz, *Répertoire*, v^is^ SÉPARATION DE CORPS, n° 82, CONTUMACE, n° 82. — Allemand, *Du mariage*, t. II, n° 1374.

[2] Arrêt du 5 mai 1871, Besson c. femme Besson ; Dalloz, 1873, t. I, p. 17. La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi formé contre cet arrêt pour fausse application des articles 232, 261 et 306 du Code civil, ne s'est pas prononcée, à notre grand regret, sur la question : « La Cour : — Attendu qu'*en suppo-* « *sant que la femme ne puisse fonder une demande en séparation sur la* « *condamnation par contumace de son mari à une peine afflictive ou infa-* « *mante, qu'après un délai de vingt années depuis cette condamnation,* « l'arrêt attaqué contient deux catégories de faits sur lesquels il a admis la « séparation...; Rejette. » Du 14 mai 1872, ch. req., Dall., 1873, p. 18.

Digitized by Google

Sur ces dispositions, le Tribunat fit les observations suivantes : « L'article 34 a eu pour objet d'établir les formalités dans le cas de divorce demandé par la raison que l'un des époux a été condamné à une peine infamante. Mais il n'explique pas suffisamment ce qu'il y a à faire pour le cas où le jugement est contradictoire et pour celui où il est par contumace... » Le tribunat proposait alors d'insérer un article qui aurait été ainsi conçu : « Si le jugement est rendu par contumace, la demande en divorce ne pourra être formée qu'après l'expiration de cinq années, à compter du jour de l'exécution par effigie. Dans ce cas, le certificat du tribunal constatera cette époque et la non-rétractation du jugement. »

On ne tint pas compte de cette observation : de telle sorte qu'il résulte de ces précédents que le législateur a refusé de consacrer formellement la distinction proposée entre la condamnation contradictoire et la condamnation par contumace, que l'une et l'autre donnent immédiatement ouverture à l'action en séparation de corps.

Mais, disent les auteurs que j'ai cités, l'article 261 a adopté, implicitement au moins, la distinction du Tribunat.— A cette observation, on peut opposer que l'article 261 est absolument inapplicable à l'action en séparation de corps; que la séparation de corps ne peut être prononcée sur la simple expédition d'un arrêt de condamnation [1]; qu'en supposant même que l'article 261 puisse être étendu aux demandes en séparation de corps, l'époux demandeur, en cas de condamnation par contumace, en serait quitte pour employer la procédure ordinaire, sans pouvoir réclamer le bénéfice de la procédure sommaire établie par l'article 261. C'est ainsi qu'a raisonné la Cour de Dijon.

La Cour de Dijon aurait pu, à l'appui de sa solution, dont j'accepte le principe, relever le véritable caractère des condamnations par contumace, et le droit pour le conjoint du condamné de demander la séparation de corps en aurait tout naturellement découlé. L'arrêt par contumace est définitif, mais prononcé sous condition résolutoire. — Donc l'époux

[1] Sur cette question spéciale, voyez un arrêt de Bordeaux, 11 août 1868, D., 69, 2, 116; Caen, 29 janvier 1872, D., 72, 2, 159; Aubry et Rau, t. V, § 493; Berlin, *Chambre du conseil*, 2e éd., t. II, nos 968 et s.

Digitized by Google

peut demander, contre le conjoint condamné, la séparation de corps; il peut introduire son action par la procédure ordinaire. J'irai même plus loin que la Cour de Dijon; je permettrai au conjoint d'invoquer l'article 261, de se dispenser des préliminaires de conciliation et de toutes les formalités qui d'ordinaire doivent être remplies dans une instance de cette espèce[1]. — Mais, l'arrêt rendu par contumace est anéanti si la condition s'accomplit, si l'accusé comparaît. Est-ce qu'avec l'arrêt rendu par contumace doivent disparaître toutes ses conséquences? Non, parce que la séparation de corps résulte d'un jugement passé en force de chose jugée. Seulement si ce jugement est en dernier ressort, c'est-à-dire si la séparation de corps a été prononcée par arrêt de la Cour, le condamné qui a purgé sa contumace peut faire tomber la séparation de corps en attaquant, par la voie de la requête civile, la décision qui l'a accordée.

Avec ce système, on concilie très-bien les intérêts des deux époux : — Le contumax ne saurait se plaindre de la séparation prononcée contre lui, il n'avait qu'à se présenter pour faire tomber la demande;— et le conjoint du condamné n'est plus forcé d'attendre pendant vingt années pour former sa demande en séparation de corps.

Avec le système contraire, à quel résultat arrive-t-on? A ne permettre au conjoint de demander la séparation de corps pour cause de condamnation à une peine infamante, que lorsque cette condamnation est oubliée! On sait en effet quel est le fondement de la prescription pénale; c'est l'oubli présumé de l'infraction non jugée qui dispense du jugement, c'est l'oubli présumé de la condamnation prononcée qui dispense de l'exécution. Ainsi se légitiment et s'expliquent, au point de vue social, et la prescrition de l'infraction et la prescription de la peine. Lorsque vingt ans se sont écoulés depuis une condamnation à une peine criminelle, sans que la prescription ait été interrompue, cette condamnation, en vertu d'une présomption légale qui s'impose au juge, qui n'admet pas de preuves contraires, cette condamnation est

[1] Voir, dans ce sens, J. Millevoye, *Des conséquences des condamnations pénales afflictives et perpétuelles sur la capacité du condamné*, p. 285 (excellente thèse de doctorat soutenue, devant la Faculté de Lyon, le 24 juillet 1877).

Digitized by Google

oubliée; et, c'est seulement à ce moment-là que la loi donnerait au conjoint du condamné le droit de demander la séparation de corps en se fondant sur cette condamnation! Système étrange, on l'avouera, et qui ne ferait pas grand honneur à la logique du législateur. RENÉ GARRAUD.

DE LA LOI SUR LA TRANSCRIPTION ET DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE.

Par M. LABBÉ, professeur à la Faculté de droit de Paris.

M. Binet, mon collègue dans l'enseignement du droit, a signalé aux lecteurs de la *Revue* un arrêt rendu par la Cour de Nancy, sur une question très-intéressante et très-pratique en matière d'hypothèque [1]. Il a donné à la doctrine de l'arrêt son adhésion et montré les conséquences multiples et graves qui en découlent. Je n'ai pas été convaincu par les raisons produites, et comme la discussion est pour nous une occasion de rencontre courtoise et même amicale, je n'hésite pas à venir dans la même *Revue* émettre mes doutes et essayer de relever l'opinion qui a succombé. J'y suis déterminé surtout par deux considérations. Je crois que les magistrats eux-mêmes reculeraient devant les corollaires que l'on ajoute à leur décision et, dans ma pensée, le système de la loi de 1855 sur la transcription, système de publicité que je regarde comme excellent, serait regrettablement altéré dans sa simplicité s'il était interprété comme on propose de le faire.

Exposons les faits nécessaires à l'intelligence de la question. L'ordre chronologique dans lequel ils se sont accomplis a une grande importance. Nous les énumérons dans cet ordre : 1° Paul est devenu débiteur pur et simple de Primus par une cause quelconque; 2° Paul vend un de ses immeubles à Secundus; le titre constatant la vente reçoit date certaine; 3° Primus obtient contre son débiteur Paul un jugement de condamnation en vertu duquel il prend inscription d'hypothèque judiciaire sur tous les immeubles de son débiteur; 4° enfin survient la transcription de l'acte d'acquisition de Secundus.

[1] Voy. 1877, p. 433.

Digitized by Google

Il faut retenir surtout deux circonstances : *a*) L'aliénation a été réalisée comme acte juridique avant la naissance de l'hypothèque du chef de l'aliénateur; mais elle n'a été rendue publique qu'après l'hypothèque. *b*) L'hypothèque est venue s'adjoindre dans la personne de Primus à un droit de créance qui, pendant un certain temps, avait été pur et simple, dépourvu de garantie réelle.

L'hypothèque générale de Primus a-t-elle atteint l'immeuble acheté par Secundus? La négative a été décidée par la Cour de Nancy. Pourquoi donc? Au premier abord on s'en étonne. L'hypothèque judiciaire est un droit réel. Le jugement de condamnation qui le fait naître est, comme la vente, un acte soumis à publicité. Entre ces deux actes conférant des droits réels, sujets à publicité, l'antériorité acquise sur les registres du conservateur ne procure-t-elle pas l'avantage? De deux personnes investies de droits réels sur un immeuble et régies toutes deux par la loi de la publicité, la plus diligente dans l'accomplissement de la formalité légale ne doit-elle pas être préférée? Quelle est donc la raison de décider en sens contraire?

Les personnes impliquées dans notre espèce, quoiqu'elles prétendent toutes deux à des droits réels immobiliers, ne sont pas, dit-on, dans une situation identique au point de vue des effets de la publicité légale. La différence entre elles consiste en ce que l'une, avant d'acquérir un droit réel sur l'immeuble litigieux, a été pendant un certain temps simple créancier chirographaire de l'auteur commun. Or la loi de 1855 ne protége pas les créanciers purs et simples; à l'égard de ceux-ci une aliénation d'immeuble est parfaite, efficace sans transcription. Cela résulte de la rédaction de l'article 3 de la loi et des explications formelles du rapporteur. Le défaut de transcription ne peut être invoqué que par les tiers ayant acquis et régulièrement conservé *des droits sur l'immeuble* dont l'aliénation n'a pas été transcrite. Un créancier chirographaire n'est pas de ce nombre; il a un droit contre la personne du débiteur, tout au plus un droit sur le patrimoine, mais non certes un droit déterminément assis sur chacun des biens compris dans le patrimoine. On ajoute que, lorsqu'une aliénation a été, à un moment donné, considérée comme accomplie sans transcrip-

Digitized by Google

tion par rapport à une personne, simple créancier chirographaire du vendeur, elle ne peut plus ensuite être considérée comme non avenue à l'égard de cette même personne. Il importe peu que cette dernière ait depuis acquis en garantie de son droit de créance un droit réel sur l'immeuble aliéné. La raison ne permet pas qu'un fait dont une personne a dû reconnaître l'existence et subir l'efficacité, soit plus tard méconnu par elle et traité par elle comme inexistant. On arrive par ce raisonnement à la théorie suivante : Celui qui a été simple créancier chirographaire est non recevable à se prévaloir du défaut de transcription des aliénations immobilières faites par son débiteur, alors même que sur un des immeubles aliénés, il aurait acquis ensuite un droit réel, pourvu que l'aliénation ait reçu date certaine avant la naissance du droit réel pour ce créancier.

De ce principe voici les conséquences que l'on déduit :

Un créancier obtient jugement de condamnation contre son débiteur; il prend inscription d'hypothèque judiciaire sur tous les immeubles du débiteur condamné. Cette inscription ne frappe pas les immeubles déjà vendus ou aliénés par le débiteur avant le jugement, quoique la transcription de ces ventes ou aliénations n'ait pas encore été opérée au moment de la prise de l'inscription. C'est la décision de la Cour de Nancy (arrêt du 14 juin 1876; Sirey, 78, 2, 33).

Il en serait de même si le créancier obtenait de son débiteur la constitution d'une hypothèque conventionnelle. Il est vrai que le débiteur intervient activement dans la constitution de l'hypothèque. Il désigne et affecte particulièrement un immeuble dont il se dit propriétaire. Le créancier réalise l'inscription sans qu'aucune transcription lui révèle le dessaisissement de son débiteur. Il se croit en règle et en sûreté. Néanmoins il verra son hypothèque s'évanouir si un tiers lui présente un acte d'acquisition non transcrit, mais ayant une date certaine antérieure à la constitution de l'hypothèque. Il a eu le malheur d'être pendant un certain temps créancier pur et simple avant de devenir hypothécaire. Cette circonstance le met hors la loi de protection des droits réels immobiliers.

Une autre conséquence plus remarquable encore est déduite du même principe. Un créancier agrée une dation en

Digitized by Google

payement que lui propose son débiteur. Il accepte un immeuble en payement d'une somme d'argent. Il fait transcrire l'acte de dation en payement. Il n'a découvert sur les registres aucune transcription antérieure à la sienne. Il se croit dans la condition assurée de tout acquéreur d'immeuble ayant satisfait le premier à la loi de la publicité. Il se trompe. Entre les acquisitions d'immeuble par actes entre vifs, il en est une que la loi de 1855 ne protége pas : c'est celle qui a été précédée d'une obligation de l'aliénateur envers l'acquéreur et qui a pour but l'extinction par équivalent de cette obligation, en d'autres termes la dation en payement. La loi, en son article 1er, semble couvrir de son égide tout acte entre vifs translatif de la propriété d'un immeuble soumis en temps utile à la formalité de la transcription. C'est une fausse apparence; notre solution spéciale est cachée, comme un piége, dans les plis de l'article 3.

Nous avons parlé d'une dation en payement en général. C'est peut-être un époux, une femme commune en biens ou son héritier qui, ayant des reprises à exercer, prend en nature les biens de la communauté comme l'article 1471 l'y autorise. L'opération a le caractère d'une acquisition en payement, selon la jurisprudence actuelle [1] et la doctrine dominante de toutes les époques. Un semblable acquéreur paraît très-favorable. On ne voit pas pourquoi le législateur lui refuserait la sécurité qu'il accorde à un spéculateur quelconque. N'importe, il a été créancier avant d'être acquéreur; il doit se laisser évincer par tout tiers dont le droit réel, demeuré occulte, aura pris naissance avant la dation en payement.

En voici assez, nous dit notre cher collègue, pour faire comprendre l'importance du principe. Nous dirions volontiers : En voici assez pour que le prétendu principe nous paraisse inacceptable, ou nous inspire tout au moins une profonde défiance. M. Mourlon (*De la transc.*, t. II, nos 400, 478), qui unissait à une logique impitoyable une raison supérieure, qualifie de déplorables les résultats auxquels nous sommes arrivés avec lui. Seulement à ses yeux le point de départ est inébranlable; la loi le veut ainsi. « Quoique cette solution,

[1] Ch. réunies, arrêt du 16 janvier 1858, Sir., 58, 1, 9.

Digitized by Google

dit-il, blesse tout ce que nous portons en nous de bon sens juridique, l'impérieuse loi de la logique nous en constitue le défenseur. »

Nous examinerons et nous discuterons. Mais, tout d'abord, une observation doit être faite. La magistrature a consacré la première solution et non les deux autres. Nous croyons qu'elle ne se serait pas laissé entraîner jusqu'à ces dernières. Qu'y avait-il donc de particulier dans l'espèce? Qu'y a-t-il de spécieusement équitable dans la décision de la Cour de Nancy? — Le voici selon nous. Le créancier avait obtenu de la loi une hypothèque générale. Or, il existe une grande différence, tout au moins en fait, entre la situation du créancier qui reçoit de la loi une hypothèque générale et celle du créancier qui reçoit du débiteur une hypothèque spéciale. Le second a la perspective d'une garantie déterminée, assise sur un immeuble dont le débiteur affirme être propriétaire. Le premier est réduit à une espérance vague d'atteindre par son inscription la valeur encore libre des immeubles dont le débiteur se trouvera propriétaire. L'invalidité de l'hypothèque conventionnelle cause au second un mécompte grave, une déception funeste. Pour le premier, quoi qu'il arrive, qu'un immeuble soit ou non compris dans l'affectation hypothécaire, point de déception proprement dite; sur quoi compte-t-il? Rien ne lui a été promis.

Cette différence a été finement observée par notre collègue, M. Demante, à propos des effets de la transaction. Un créancier hypothécaire est-il tenu de respecter celle faite par le débiteur? « Quant aux créanciers hypothécaires, je distinguerais volontiers les créanciers à hypothèque spéciale et les créanciers à hypothèque générale. Les premiers ont droit de compter que leur débiteur ne fera aucun acte volontaire au détriment de l'affectation spéciale qu'il leur a conférée. Mais les seconds n'ont droit sur la chose qu'en présupposant le droit de leur débiteur sur cette même chose. Or ce débiteur, par la transaction, a assoupi la controverse; s'il a agi sans fraude, les créanciers à hypothèque générale ne peuvent la réveiller[1]. »

Les magistrats, dans l'espèce de la Cour de Nancy, ont vu

[1] *Principes de l'enregistrement*, 3e édit., t. I, p. 531.

Digitized by Google

en présence et en lutte un créancier qui voulait étendre le plus possible un droit indéterminé dans son principe, et un acquéreur dont l'acquisition sérieuse, créant pour lui une attente nettement définie, antérieure au jugement obtenu par le créancier, était menacée d'invalidité pour un retard, une négligence dans l'accomplissement de la transcription. Ils ont fait pencher la balance en faveur de ce dernier. Auraient-ils tranché de même le conflit entre deux acquéreurs, ayant tous deux une espérance ferme, bien définie, tous deux menacés du renversement d'une combinaison négociée avec toute la prudence et toute la précision possible, dont l'un aurait été un acquéreur en vertu d'une dation en payement, et l'autre, un acquéreur en vertu d'une vente? N'auraient-ils pas en pareille hypothèse observé la loi de la publicité, qui est la loi de la diligence? Auraient-ils recherché si l'un des deux acquéreurs n'était pas déjà créancier avant de se porter acquéreur, pour le faire succomber quoique plus diligent dans l'accomplissement de la formalité? Nous ne le croyons pas. Les faits ont une vertu, une sorte d'éloquence qui rectifie les raisonnements et dicte les solutions. C'est hors la vue des faits réels, en raisonnant sur des abstractions, dans l'isolement du cabinet, qu'on peut se laisser entraîner à des subtilités.

La différence signalée entre l'hypothèque générale et l'hypothèque spéciale ressort de la nature des choses; est-elle reproduite dans la loi? Le législateur, certes, aurait pu, en écrivant l'article 3, borner la protection qu'il accorde aux tiers ayant acquis des droits réels d'une assiette spéciale et déterminée, et laisser sous l'empire du Code civil les tiers investis de droits réels, vagues à l'origine, et d'un effet éventuel. Il l'aurait pu; le créancier à hypothèque générale aurait dû respecter les aliénations faites par le débiteur avant la naissance de l'hypothèque, quoiqu'elles ne fussent pas transcrites avant l'inscription hypothécaire. Cela aurait introduit une grande complication dans le système de la loi; mais cela n'était pas impossible. Le législateur ne l'a point fait. L'article 3 ne contient ni la formule ni le germe de cette distinction. Nous sommes donc dans la nécessité de nous prononcer pour ou contre le principe défendu par M. Binet avec toutes les conséquences qu'il en a déduites. Un moyen terme qui,

Digitized by Google

parmi ces conséquences, sauverait uniquement celle relative à l'hypothèque judiciaire, est inadmissible dans le silence de la loi.

Abordons la discussion des raisonnements produits à l'appui du système que nous combattons.

Nous réfuterons d'abord un argument qui n'a, dans l'arrêt et dans la dissertation de M. Binet, qu'un rang secondaire. « La publicité par transcription ou inscription ne rend efficaces, à l'égard des tiers, que des droits valables en eux-mêmes; elle ne donne pas l'être à des droits qui n'ont pu jusque-là prendre naissance. Or l'hypothèque générale n'est établie par la loi que sur les immeubles appartenant au débiteur. Donc il suffit qu'un immeuble ait été aliéné par le débiteur pour qu'il ne puisse plus être frappé de l'hypothèque. Le droit réel d'hypothèque ne se forme pas sur un immeuble déjà aliéné. Il ne saurait prendre vie et force par l'accomplissement d'une formalité. Le défaut de publicité peut détruire, mais le fait de la publicité ne peut créer un droit. » — Ce raisonnement, nous l'avons rencontré ailleurs à propos du conflit entre un créancier chirographaire saisissant et un acquéreur de l'immeuble saisi invoquant un titre d'une date certaine, antérieure à la saisie, mais non publié avant la transcription de la saisie. Contre le saisissant l'organe du ministère public disait : « La saisie a été pratiquée sur un immeuble déjà sorti du patrimoine du débiteur; elle est nulle. La transcription accomplie est impuissante à la vivifier au détriment de l'acquéreur [1]. »

Cette argumentation n'a, selon nous, une apparence de force que parce qu'elle se mêle dans la pensée à une considération vague d'équité, celle-là même dont nous parlions tout à l'heure. L'hypothèque judiciaire est établie par la loi sur les immeubles qui se trouveront appartenir au débiteur. En présence de ce caractère indéfini du titre constitutif, on n'est pas choqué du résultat d'une opinion qui soustrait à l'hypothèque tel ou tel immeuble déjà aliéné par le débiteur. De même le créancier chirographaire a le droit de saisir les biens de son débiteur; il n'a aucune attente déterminée; il se

[1] Voy. concl. de M. l'avocat général Manuel, *Gazette des trib.*, 16 février 1877; *J. Pal.*, 1877, p. 1187.

Digitized by Google

donne à lui-même en quelque sorte l'avantage d'une affectation réelle et précise par la saisie qu'il pratique. On ne s'indigne pas d'un raisonnement qui fait évanouir l'effet de la saisie pour protéger un acquéreur sérieux.

Mais le raisonnement a, en logique, une portée plus grande; il s'applique aussi exactement à des droits réels spéciaux, déterminés d'après leur titre constitutif. On soutiendrait avec autant d'exactitude ceci : Paul a vendu l'immeuble A à Primus qui néglige de transcrire. Paul vend ensuite le même immeuble à Secundus qui s'empresse de faire opérer la transcription. Secundus a été le plus diligent, *prior tempore.* Sera-t-il juridiquement préférable, *potior jure?* Non, devrait-on dire pour être conséquent. Primus doit triompher. Secundus a acheté *à non domino;* son titre est nul. Est-ce qu'une formalité de publicité peut lui conférer un droit que son auteur ne pouvait pas lui transmettre et donner l'être au néant? Ce raisonnement est aussi bien construit que celui qui regarde l'hypothèque judiciaire ou la saisie pratiquée par un créancier chirographaire. Cependant tout le monde repoussera la conclusion. Pourquoi? Parce que Secundus a un titre d'acquisition portant sur un immeuble déterminé. Il a conçu une attente précise en traitant sur un objet déterminé avec un propriétaire apparent dont aucune transcription ne révélait aux tiers le dessaisissement. Cette situation est évidemment celle que le législateur a voulu protéger contre les surprises, contre la révélation tardive d'une aliénation demeurée occulte.

Que résulte-t-il de là? C'est que l'accomplissement utile de la formalité donne à Secundus un droit qu'il n'avait pas; c'est que la transcription vivifie des actes nuls en eux-mêmes. Nous irons plus loin : le système de la transcription n'a qu'un but : confirmer juridiquement, c'est-à-dire rendre légitime la situation de ceux qui n'ont pas d'autre droit que leur diligence. Lorsque les actes se suivent sur les registres dans l'ordre où ils ont été faits, le système de la publicité n'a pas d'utilité. Le droit ancien, le principe du Code de 1804 conduisait au même résultat. C'est lorsque l'ordre des transcriptions est inverse de l'ordre dans lequel les actes ont été accomplis, c'est alors que l'importance, le bienfait de la publicité se manifeste. Et en quoi? En ce que l'acte d'aliéna-

Digitized by Google

tion accompli le second, transcrit le premier, lequel émane *à non domino,* lequel est nul et de nul effet en lui-même, est rendu valable par le législateur; rendu valable, cela veut dire que le droit acquis est enlevé au premier acquéreur négligent, transporté au second acquéreur diligent.

Cependant il y a quelque vérité dans cette maxime : la transcription ne couvre pas les nullités de l'acte transcrit. Oui; seulement on en abuse. Si l'aliénateur est personnellement incapable, si l'acte est soumis à une solennité que les parties n'observent pas, si l'aliénateur n'a jamais eu aucun droit sur l'immeuble, la transcription laisse subsister l'imperfection, l'invalidité de l'acte. Mais il est une nullité que la transcription efface, c'est celle qui tient à la préexistence d'un acte non publié. Appliquons à notre difficulté cette idée qui, à nos yeux, a la clarté de l'évidence. Pourquoi dans notre espèce l'hypothèque judiciaire inscrite serait-elle nulle? Parce qu'il préexiste un acte d'aliénation non transcrit. Pourquoi la saisie transcrite serait-elle nulle? Parce qu'il préexiste une aliénation non transcrite. Arrière ces objections; la loi de la publicité n'en tient pas compte. Entre deux actes créant un conflit entre les ayants cause d'un même auteur, leur conférant des droits réels incompatibles sur un immeuble, et sujets à publicité, le premier publié fait naître un droit devant lequel doit s'incliner et s'évanouir le droit rival quoique d'une date antérieure. Cette règle s'applique aux actes qui engendrent des affectations générales, qui créent des droits indéterminés dans leur principe, des droits déterminables à la diligence du titulaire, comme aux actes qui contiennent dès le principe une définition précise du droit constitué et de l'assiette de ce droit. Cette règle s'applique aux constitutions et translations de droits émanant de la volonté formelle du propriétaire, comme aux constitutions de droits opérées d'office par le législateur suppléant la volonté du propriétaire récalcitrant ou incapable (hypothèques judiciaires ou légales).

Nous avons déblayé le terrain de la discussion; reste le seul argument, vraiment spécieux à notre avis, qu'invoquent nos honorables adversaires. Une aliénation d'immeuble est parfaite sans transcription à l'égard des créanciers chirographaires de l'aliénateur; or une aliénation qui, à un certain

Digitized by Google

moment, a été parfaite à l'égard d'une personne ne peut pas ensuite cesser de l'être; donc le créancier qui, alors qu'il était simplement chirographaire, a dû reconnaître, respecter et subir une aliénation de son débiteur, dûment prouvée quoique non publiée, ne saurait en contester plus tard l'efficacité pour défendre et faire valoir un droit réel survenu en sa personne et par lui publié conformément à la loi.

Telle est l'objection réduite en forme de syllogisme. Quel est donc le vice de ce raisonnement? Le voici, selon nous.

On traite la question de savoir qui peut invoquer le défaut de transcription comme une question de conscience, une question de bonne foi, une question de connaissance personnelle, une question intéressant la personne dans son unité et indivisibilité morale. On dit en quelque sorte au créancier : Vous ne pouvez pas méconnaître ensuite ce que vous avez une fois reconnu. Vous ne pouvez pas diviser votre personne en deux parties, l'une qui doit subir, l'autre qui peut contester l'aliénation.

Mais d'abord et au point de vue de l'équité, le créancier chirographaire a pu n'avoir pas connaissance de l'aliénation consentie par son débiteur. Il a pu n'avoir aucune occasion de la reconnaître. En fait, dans l'hypothèse de la dation en payement, on peut affirmer que, s'il connaissait cette aliénation dont la transcription peut surgir d'un moment à l'autre, il se garderait bien d'accepter l'immeuble aliéné en payement de sa créance. Donc, ne parlons ni de connaissance ni de bonne foi à propos d'une aliénation purement et simplement opposable, mais non encore opposée et demeurée inconnue.

D'ailleurs, supposons que le créancier ait été informé de l'aliénation de l'immeuble, et cela n'est pas impossible quand il s'agit d'une hypothèque judiciaire dont le créancier veut étendre le plus possible et par tout moyen de droit pur l'application. Nous sommes ramenés à une difficulté bien célèbre et nettement définie, agitée par tous les interprètes. Celui qui est dans le cas d'invoquer le défaut de transcription, perd-il le bénéfice de cette faculté parce qu'il aurait connu d'autre manière l'aliénation non transcrite? Presque tous les auteurs, s'appuyant sur l'article 1071 du Code civil, embrassent la solution négative.

Donc, 1° aliénation parfaite à l'égard du créancier chiro-

Digitized by Google

graphaire ne signifie pas aliénation parvenue à la connaissance de ce créancier; 2° lors même que le créancier l'aurait connue, cela ne rendrait pas ce créancier non recevable à invoquer le défaut de transcription s'il est dans le cas de le faire.

Arrivons au cœur de la question. Pour savoir qui peut invoquer le défaut de publicité, il faut se placer, non au point de vue de la personne et de son unité morale, mais au point de vue des droits dont la personne est investie. En parlant ainsi, nous ne faisons que paraphraser le langage de la loi. L'avantage d'invoquer le défaut de transcription est-il accordé à une personne plus ou moins digne, plus ou moins intéressante, ou attaché à tel ou tel droit d'après sa nature? La loi, qui organise la publicité, a pour but, dans un intérêt général, la consolidation de certains droits, les droits réels immobiliers. La solidité des droits réels touche au développement du crédit et, par suite, à un intérêt social beaucoup plus que la conservation et l'efficacité des purs droits de créance. De là une distinction, non entre les personnes, mais entre les droits à protéger. Quelles personnes peuvent se prévaloir du défaut de transcription? Celles qui ont acquis un droit réel sur l'immeuble et l'ont conservé conformément à la loi. A cela se borne l'exigence du législateur. Notre créancier, après avoir inscrit une hypothèque judiciaire, ou transcrit une dation en payement, remplit-il cette condition? Sans aucun doute; nous n'avons rien de plus à rechercher.

La loi, qui ne juge pas à propos de protéger la créance chirographaire et le gage général qu'elle entraîne par la règle de la publicité[1], place sous la protection de cette règle les droits réels, principaux ou accessoires, acquis sur un immeuble. Une personne a intérêt à contester une aliénation

[1] Nous disons que notre système de publicité est organisé pour la protection des droits réels et non pour celle des droits de créance. Cela est vrai, en général. Néanmoins il est à remarquer que l'inscription de l'hypothèque est une condition nécessaire de l'efficacité du droit même à l'encontre des simples créanciers chirographaires. De même le Code civil semble autoriser tous intéressés et par conséquent les créanciers chirographaires du donateur à opposer au donataire le défaut de transcription. Ceci ne prouve-t-il pas que la décision qui réserve aux droits réels l'avantage résultant du principe de la publicité est de droit positif plus que de justice rationnelle?

Digitized by Google

qu'on lui oppose et qui n'a pas été transcrite. Le peut-elle? Si elle n'a qu'une créance pure et simple, et aussi longtemps qu'elle sera purement et simplement créancière, non. Si elle a un droit réel, et du jour où elle aura un droit réel dûment publié, oui.

Dans la plupart des cas, la personne, pendant le temps qu'elle aura été simplement créancière, n'aura pas eu l'occasion de se voir opposer l'aliénation et d'essayer de la contester. Puis, le premier débat entre les parties naîtra à propos du droit réel survenu. Mais, nous le répétons, alors même qu'un jugement aurait déclaré l'aliénation opposable au créancier, au créancier alors chirographaire, notre question ne serait point par cela seul résolue contre le créancier devenu ensuite hypothécaire ou propriétaire à titre de dation en payement. Nous serions ramenés à la difficulté déjà indiquée relativement à la mauvaise foi, ou à la connaissance acquise *extrinsecùs*. Étant admis que la connaissance acquise *aliundè* n'est pas une fin de non-recevoir, le créancier répondra : J'ai deux qualités en ma personne. En tant que créancier pur, je dois subir l'aliénation non transcrite. En tant qu'investi d'un droit réel et pour la défense de ce droit réel, je puis la contester et me soustraire à son effet.

Au surplus, cette distinction d'une même personne ou plusieurs personnages en raison des droits divers dont ils sont investis, est admise par tout le monde dans des hypothèses qu'il n'y a pas de raison suffisante de distinguer de la nôtre.

J'ai une créance chirographaire contre Paul. Je suis, par exemple, son locataire, son fermier. Je deviens ensuite, pour une autre cause et un autre objet, créancier hypothécaire de ce même débiteur. C'est l'immeuble dont je suis locataire qui m'est affecté hypothécairement. Paul a vendu l'immeuble avant la constitution de la créance hypothécaire; mais je prends inscription avant que l'acheteur n'ait transcrit. Puis-je méconnaître l'aliénation? Oui et non. Je suis deux personnes ou j'ai deux qualités. Est-ce dans l'intérêt de ma créance comme locataire? Non. Est-ce dans l'intérêt de ma créance hypothécaire, et pour faire valoir mon hypothèque? Oui.

Il en serait de même si, fermier des terres de Paul et pro-

Digitized by Google

priétaire moi-même de terres voisines, je me faisais concéder par Paul un droit de servitude sur un immeuble qu'il aurait déjà vendu. Je pourrai avoir avec Paul ou son acheteur, successivement ou simultanément, des contestations dans lesquelles la justice déclarera la vente non transcrite à la fois opposable et non opposable à mes prétentions : opposable en tant que je suis et agis comme créancier chirographaire de Paul auquel l'article 1743 du Code civil subroge l'acheteur ; inopposable en tant que j'ai acquis un droit réel de servitude.

La différence entre ces hypothèses et la nôtre consiste en ce que, dans notre espèce, le droit de créance et le droit réel se rattachent l'un à l'autre ; tantôt le droit réel est l'accessoire, la garantie du droit de créance ; tantôt le droit réel prend naissance au moment et par suite de l'extinction du droit de créance. Mais, dès qu'il est admis qu'une même personne peut avoir en elle-même plusieurs qualités dont l'une l'autorise, tandis que l'autre ne l'autorise pas à invoquer les bienfaits de la publicité légale, il va presque de soi que le droit réel ne doit pas perdre son caractère, sa vertu, son efficacité propres et ses conditions de validité, par cela seul qu'il est l'accessoire ou la suite d'un droit de créance. Les droits restent distincts, et l'un ne doit pas détruire l'énergie de l'autre, ce qui ferait de leur double constitution un non-sens.

En résumé, il ne faut pas vouloir résoudre par oui ou par non, pour une personne, la question de savoir si elle peut invoquer le défaut de transcription. La solution dépend de la nature du droit que cette personne exerce. Une personne peut voir naître à son profit la faculté de méconnaître une aliénation non transcrite dont, jusque-là, elle devait subir les effets.

J. E. LABBÉ.

Digitized by Google

DE LA TAXE DES BIENS DE MAINMORTE,

ÉTABLIE PAR LA LOI DU 20 FÉVRIER 1849[1].

Par feu M. Reverchon,
ancien maître des requêtes au Conseil d'État,
conseiller à la Cour de cassation.

SOMMAIRE.

SECTION Ire. — Notions préliminaires.

1. Qu'est-ce que la taxe des biens de mainmorte?
2. Motifs de l'établissement de cet impôt; discussions législatives; texte de la loi.
3. Proposition faite en 1851 à l'Assemblée législative.

SECTION II. — Conditions de l'impôt des biens de mainmorte.

4. C'est un impôt direct. Il suppose la réunion de quatre conditions.

§ Ier. — *L'impôt ne peut porter que sur des biens immeubles.*

5. Concerne-t-il les biens immeubles, soit par leur destination, soit par l'objet auquel ils s'appliquent? Concerne-t-il certains meubles qui sont soumis, par exception, à la contribution foncière?

§ II. — *Les biens doivent être passibles de la contribution foncière.*

6. Renvoi aux lois sur l'impôt foncier. Explication sur les immeubles affectés à un service public.
7. *Quid* des immeubles exemptés temporairement de l'impôt foncier?
8. Peut-on réclamer contre la taxe de mainmorte, si d'ailleurs on est encore dans le délai légal, alors qu'on a laissé expirer le délai pour réclamer contre l'impôt foncier?

§ III. — *Il faut que les biens appartiennent aux établissements qu'il s'agit d'imposer.*

9. La taxe est-elle due pour les immeubles dont ces établissements n'ont encore que la nue propriété?
10. Est-elle due pour les immeubles dont l'établissement propriétaire a concédé l'exploitation temporaire?
11. Est-elle due par l'établissement propriétaire d'un immeuble affermé par bail emphytéotique?
12. Est-elle due pour les chemins de fer et les canaux?
13. Est-elle due par les communes dont les biens ont été partagés entre les habitants, sous certaines restrictions?
14. Est-elle due pour les biens qui ont été donnés ou légués à un établissement public avec charge de les vendre dans un temps déterminé?

[1] Ce travail a déjà été publié en 1855 par le *Bulletin des contributions directes*. Je l'ai refondu et analysé en me servant surtout des éléments nouveaux que la jurisprudence m'a fournis depuis cette époque.

(*Note de M. Reverchon.*)

Digitized by Google

15. Est-elle due pour des immeuble qu'une commune a acquis par voie d'expropriation pour cause d'utilité publique?

§ IV. — *L'établissement qu'il s'agit d'imposer doit être compris dans l'énumération faite par l'article 1er de la loi.*

16. Départements et communes.
17. Hospices et établissements de bienfaisance.
18. Établissements religieux : congrégations non autorisées.
19. Sociétés anonymes : toutes doivent la taxe, quelle que soit leur durée.
20. Et quel que soit leur objet. Mais elle n'est due que par les sociétés anonymes proprement dites.
21. Est-elle due par les sociétés anonymes en liquidation?
22. Est-elle due par les sociétés anonymes étrangères?
23. Elle est due par tous autres établissements publics légalement autorisés. Sens de ces expressions.

SECTION III. — QUOTITÉ ET CALCUL DE LA TAXE.

24. Base adoptée par la loi.
25. Quelle est la quotité de la taxe due par l'établissement qui n'est encore que nu-propriétaire?
26. *Quid* en cas de bail emphytéotique?

SECTION IV. — FORMES DE L'ÉTABLISSEMENT DE LA TAXE ; RÉCLAMATIONS.

27. Article 2 de la loi du 20 février 1849; instruction de l'administration du 10 mars suivant.
28. La taxe établie au commencement de l'année est due pour l'année entière.
29. Y a-t-il lieu à remise ou modération en cette matière?
30. Délai et formes des réclamations.

SECTION V. — OBLIGATIONS RESPECTIVES DES PROPRIÉTAIRES ET DES FERMIERS.

31. Baux en cours d'exécution au 20 février 1849. Baux ultérieurs.

SECTION Ire.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

1. Le mot *mainmorte* avait, dans notre ancien droit, deux significations complétement différentes. *Pris dans un sens, ce mot,* dit Merlin (*Répertoire*, v° MAINMORTE), *désignait tous les corps et communautés qui sont perpétuels, et qui, par une subrogation successive de personnes, étant censés être toujours les mêmes, ne produisent aucune mutation par mort, et ne peuvent disposer de leurs biens sans y être autorisés par le prince ou par la justice. Mais, dans un autre sens, il désignait un droit seigneurial, en vertu duquel des hommes se trouvaient réduits à la condition servile, attachés à la glèbe, privés quelquefois du droit de disposer de leurs biens,* etc.

Digitized by Google

Je n'entends point m'occuper ici de ce dernier droit, mais seulement de la contribution spéciale qui frappe les biens de mainmorte, dans la première acception de cette expression.

« Il y avait déjà, sous l'ancienne monarchie, une sorte « d'impôt des biens de mainmorte. Un immeuble ne pouvait « être amorti, c'est-à-dire acquis par des gens de mainmorte, « que moyennant le payement d'une année de jouissance, et « ce droit pouvait être exigé tous les vingt ans. Il s'appelait, « suivant les cas, droit d'amortissement ou de nouvel acquêt. « De plus, les biens de mainmorte situés dans la mouvance « ou dans la justice du roi payaient une indemnité annuelle « représentative des droits de lods et ventes ou de censives, « et les communes payaient annuellement, à titre de droit « de nouvel acquêt, le vingtième des revenus des biens dont « elles avaient l'usage. Une taxe semblable à la taxe d'amor- « tissement était imposée sur les roturiers possesseurs de « fiefs; on l'appelait la taxe des francs fiefs. Toutes ces taxes « étaient d'origine fort ancienne. Le recouvrement et le « contentieux furent confiés de tout temps à des commis- « saires, d'abord de la chambre des comptes, puis du Con- « seil d'État, et enfin aux intendants. » (Dareste, *la Justice administrative en France*, p. 403.)

2. Les motifs qui avaient autrefois déterminé la création de ces divers impôts, ont également servi de base à celui qu'a établi ou rétabli la loi du 20 février 1849.

Le 24 octobre 1848, M. Goudchaux, alors ministre des finances, a présenté à l'Assemblée nationale un projet de loi ainsi conçu :

« Art. 1er. — Il sera établi, à partir du 1er janvier 1849, sur « les biens immeubles passibles de la contribution foncière « appartenant aux départements, communes, hospices, sé- « minaires, fabriques, congrégations religieuses, consistoires, « établissements de charité, bureaux de bienfaisance, so- « ciétés anonymes et tous établissements publics légalement « autorisés, une taxe annuelle représentative des droits de « transmission entre-vifs et par décès. Cette taxe sera cal- « culée à raison de 62 centimes et demi pour franc du principal « de la contribution foncière. — Les droits d'usage en bois « seront assujettis à la même taxe, d'après le principal qu'ils

Digitized by Google

« auraient à supporter s'ils étaient imposés à la contribution « foncière.

« Art. 2. — Les formes prescrites pour l'assiette et le re- « couvrement de la contribution foncière seront suivies pour « l'établissement et la perception de la nouvelle taxe. »

Ce projet était accompagné d'un exposé de motifs dans lequel, après avoir sommairement rappelé l'ancien droit, le ministre ajoutait :

« Le projet de loi tend, par esprit de justice et d'égalité, « à ce que les biens qui ne sont pas dans le commerce et qui « appartiennent aux départements, communes, hospices, sé- « minaires, fabriques, congrégations religieuses, consistoires, « établissements de charité, bureaux de bienfaisance, sociétés « anonymes et à tous établissements publics légalement au- « torisés, soient assujettis, sinon aux mêmes droits que les « propriétés particulières, du moins à un impôt équivalant « aux droits que les particuliers ont à supporter. Ainsi les « biens des particuliers, successivement transmis par actes « entre-vifs et par décès, donnent lieu, à chaque transmis- « sion, à un nouveau droit proportionnel d'enregistrement « qui atteint tous ces biens par période moyenne de vingt à « vingt-cinq ans; tandis que les propriétés de mainmorte, « placées hors du commerce et improductives pour l'impôt « des mutations, sont ainsi affranchies, à raison de la qualité « de possesseurs qui aliènent rarement et ne meurent jamais, « d'une charge à laquelle les propriétés particulières sont « inévitablement soumises. Il est donc juste de rétablir « l'égalité contributive entre les biens de mainmorte et ceux « des citoyens et de créer un impôt qui dédommage l'État « de la privation des droits de mutation que les propriétés « acquises par les gens de mainmorte produiraient infailli- « blement, si elles étaient restées dans les mains des parti- « culiers.

« La matière imposable est la valeur de toutes les pro- « priétés, moins celle des biens qui sont affectés à un objet « d'utilité générale et qui, par ce motif, ne sont pas assu- « jettis à la contribution foncière. Dans cette masse de biens « sont compris les immeubles acquis et possédés par les so- « ciétés anonymes parce que, comme les biens de main- « morte, ces immeubles, pendant la durée souvent très-longue

Digitized by Google

« de chaque société, et tant qu'ils restent entre ses mains, « échappent aux droits de mutation entre-vifs et par décès. « Il convient aussi de classer parmi les valeurs sujettes au « nouvel impôt les droits d'usage en bois possédés par les « communautés d'habitants dans les forêts de l'État et des « particuliers, puisque ces droits sont, en cas de cantonne- « ment, convertis en droit de propriété sur une portion des « bois grevés et qu'ils représentent ainsi, entre les mains des « usagers, une portion de la propriété.

« Il ne me semble pas qu'il y ait lieu d'appliquer l'impôt « aux valeurs mobilières, ne fût-ce qu'à raison des risques « attachés à leur possession. Les rentes foncières et les « créances dues en vertu de titres enregistrés donnent lieu « à différents droits, autres toutefois que les droits exigibles « sur les transmissions entre-vifs à titre gratuit et les muta- « tions par décès; enfin, les sommes d'argent, objet des titres, « sont dans la circulation. Toutes ces rentes et créances, qui « autrefois n'étaient frappées du droit d'amortissement que « dans certains cas et sous diverses conditions, ne sont pas « susceptibles d'être assimilées aux immeubles pour l'appli- « cation du nouvel impôt.

« D'après les renseignements recueillis en 1846 par l'ad- « ministration des contributions directes, les biens de « mainmorte, y compris ceux des sociétés anonymes, con- « tiennent en superficie 5,004,764 hectares, 45 ares, savoir : « 4,983,127 hectares, 48 centiares productifs de revenu, et « 21,636 hectares, 97 centiares affectés à un service public. « Les biens productifs de revenu, non compris les droits « d'usage dans les bois et forêts, sont d'un produit annuel « de 64,209,450 fr., et d'une valeur vénale de 2,199,146 fr. « Le produit annuel s'élèverait à 66 millions environ, en y « ajoutant le produit des droits d'usage.

« Cela posé, on doit considérer, pour fixer la quotité de la « nouvelle taxe, que, sous l'ancienne législation, les droits « qu'il s'agit de remplacer se percevaient sur le pied d'une « année de revenu par 20 ans; qu'en Belgique, où le droit « d'amortissement a été établi, il est de 4 p. 100 du revenu « annuel; que l'importance des mutations qui s'opèrent « annuellement dans les propriétés foncières peut être portée « au vingtième de la masse, en sorte que le taux de la nou-

Digitized by Google

« velle taxe pourrait être fixé au vingtième du revenu, c'est-
« à-dire à 5 p. 100. Liquidée sur une somme totale de
« 66 millions, elle produirait 3,300,000 francs[1].

« Pour éviter les frais et les difficultés que pourrait en-
« traîner l'estimation détaillée du revenu réel des biens de
« mainmorte, nous proposons d'établir la nouvelle taxe à
« raison de 62 c. et demi p. 100 du principal de la contri-
« bution foncière, lequel est déjà comme hors de discussion.
« Ce principal, d'après la proportion moyenne de l'impôt ou
« revenu, qui est de 8 p. 100, s'élève à 5,280,000 francs,
« chiffre qui, multiplié par 62 c. et demi, produit la taxe
« de 3,300,000francs.

« Le prélèvement de ces impôts sur le revenu des biens de
« mainmorte affectera sans doute les ressources d'un certain
« nombre d'établissements de charité, qui reçoivent des sub-
« ventions de l'État; mais, de même que ces établissements
« acquittent, comme les particuliers, la contribution fon-
« cière, ils doivent payer pour leurs immeubles l'équivalent
« des autres impôts qui pèsent sur les propriétés particu-
« lières.

« L'impôt qui tiendra lieu des droits de mutation dont le
« trésor est actuellement privé, sera exigible chaque année,
« quoique aucune mutation n'ait été opérée. Sous ce point
« de vue, il doit être assimilé à une contribution directe, et
« il a paru qu'il pouvait être assis et recouvré dans les
« mêmes formes et par la même voie que la contribution
« foncière. »

La commission chargée de l'examen du projet déposa son rapport, par l'organe de M. Grévy, le 13 décembre 1848. Il me paraît utile de reproduire également le texte de ce rapport :

« Les établissements de mainmorte, dont l'existence se
« perpétue par une subrogation successive de personnes,
« acquièrent souvent, aliènent rarement et ne meurent
« jamais. Leurs biens, dont la masse va sans cesse augmen-
« tant, sont retirés du commerce, au grand préjudice de la

[1] Ces prévisions se sont à peu près réalisées; ainsi la loi de finances du 8 juillet 1865 a évalué le produit de la taxe des biens de mainmorte, d'après les résultats presque uniformes des années précédentes, à la somme de 3,367,952 francs.

Digitized by Google

« richesse nationale, du trésor public, de la masse des con-
« tribuables. Au préjudice de la richesse nationale : car,
« d'une part, ces biens ne fournissent aucun aliment au mou-
« vement fécondant des transactions; et, d'autre part, ils
« restent, sous le rapport de la production, dans un état
« d'infériorité tel, que les immeubles *productifs*, possédés par
« les gens de mainmorte, quoique représentant une conte-
« nance de 4,983,127 hectares, c'est-à-dire le dixième de
« toutes les propriétés imposables de France, ne rendent
« cependant qu'un revenu de 64,209,456 francs, c'est-à-dire
« le trente et unième du revenu général. Au préjudice du
« trésor public : car ces biens, immobiles aux mains mêmes
« des propriétaires ne fournissent rien à l'impôt des muta-
« tions. Au préjudice de la masse des contribuables : car les
« biens de mainmorte, ne produisant pas le tiers de ce que
« produisent les autres biens, ne contribuent à l'impôt direct
« que dans cette proportion affaiblie, ce qui surcharge d'au-
« tant les biens des particuliers.

« L'ancienne législation avait de sages dispositions, soit
« pour combattre la tendance des gens de mainmorte « à
« acquérir des fonds naturellement destinés à la subsistance
« et à la conservation des familles », soit pour « dédommager
« le souverain de la perte que souffraient l'État et le public
« de la sortie des biens du commerce ».

« Une des principales était l'établissement d'un droit dit
« *d'amortissement*, fixé tantôt à une ou plusieurs années des
« revenus de la propriété amortie, tantôt au sixième ou au
« cinquième de cette propriété, selon sa nature.

« Depuis l'abolition de ce droit, en 1789, l'équité réclamait
« une disposition législative qui établît sur les immeubles
« passibles de la contribution foncière, et appartenant aux
« établissements de mainmorte, une taxe représentative des
« droits de transmission entre-vifs et par décès.

« Tel est l'objet du projet de loi que vous nous avez chargés
« d'examiner.

« Votre commission en adopte pleinement le principe.
« Elle y voit un hommage rendu à la règle fondamentale en
« matière d'impôt, l'égalité; un terme apporté à une violation
« préjudiciable de cette règle.

« Quelques objections se sont cependant élevées dans son

Digitized by Google

« sein. On a dit que les subventions accordées par l'État à un « certain nombre d'établissements de mainmorte devront « être augmentées en raison du nouvel impôt, et que ce sera « prendre d'une main pour rendre de l'autre; qu'imposer « les hospices et les établissements de charité, c'est imposer « les pauvres; que le projet est impolitique et que la loi sera « impopulaire.

« La commission ne s'est pas arrêtée à ces objections. Elle « a considéré que, parmi les établissements de mainmorte, « il en est beaucoup qui ne reçoivent aucune subvention, et « qui possèdent d'importantes propriétés qu'il est inique de « soustraire aux charges communes; que, pour les autres, il « n'y a rien de contradictoire entre la subvention et l'impôt; « que, pour être subventionnés, ils n'en sont pas moins « soumis aux autres contributions; que cela est indispensable « pour la bonne règle, sauf à fixer en conséquence le chiffre « de la subvention; que, quant aux hospices et aux établis- « sements de charité, ils sont à la charge des communes, et « que ce seraient ces dernières, et non les pauvres, qui pro- « fiteraient de l'exemption des droits; enfin, qu'une loi qui a « pour objet de mettre un terme à une inégalité injuste, de « faire cesser un préjudice notable pour le trésor, et de con- « tribuer à remettre dans le commerce la dixième partie du « territoire, qui en est sortie au grand dommage de la pros- « périté publique, n'est pas une conception impolitique et ne « saurait être une loi impopulaire.

« Les sociétés anonymes n'ayant qu'une durée limitée, il « s'est élevé des doutes sur la justesse de leur assimilation « aux établissements de mainmorte. Mais comme ces sociétés « ont d'ordinaire une existence beaucoup plus longue que la « période moyenne des mutations, et que, pendant ce temps, « les associés se succèdent les uns aux autres sans payer de « droits, les sociétés anonymes nous ont paru devoir rester « dans la loi.

« Il n'en est pas de même des droits d'usage en bois, ap- « partenant à des communautés d'habitants dans les forêts « des particuliers et de l'État. Considérés dans leur nature, « ces droits d'usage sont une servitude; considérés dans « leur émolument, ils sont un revenu mobilier; sous aucun « de ces deux aspects, ils ne peuvent être atteints par un

Digitized by Google

« impôt destiné à frapper seulement les propriétés immobi-
« lières. Aussi est-il digne de remarque qu'ils ne sont pas
« soumis à la contribution foncière. Ils sont d'ailleurs inces-
« sibles; comment pourraient-ils être passibles d'un impôt
« qui prend sa source dans la transmission? Au surplus, cet
« impôt est déjà supporté, soit par les forêts soumises aux
« droits d'usage, soit par les habitants auxquels ils sont
« attachés. Il n'y a donc aucune raison d'assujettir à la taxe
« les droits d'usage en bois, plutôt que les droits de pacage,
« de panage, ou toute autre servitude. Votre commission
« vous propose de modifier en ce sens le projet de loi.

« Elle a, d'un autre côté, repoussé la demande faite par un
« de ses membres, d'étendre l'impôt aux valeurs mobilières,
« autres toutefois que celles qui sont affectées à un objet
« d'utilité générale. Sans contester que telle puisse être la
« conséquence rigoureuse du principe de la loi, la majorité
« a pensé que, si les valeurs mobilières échappent au droit
« de mutation par décès, leur mobilité les soumet du moins
« au droit de transmission entre-vifs; que les éléments man-
« queraient pour déterminer la taxe avec précision, et, qu'en
« tous cas, la perception en serait pleine de difficultés et
« d'inconvénients.

« Le projet fixe à 5 p. 100 du revenu la taxe annuelle à per-
« cevoir sur les biens de mainmorte.

« Si l'on compare cette taxe aux droits de mutation qui
« grèvent les biens des particuliers, on reconnaîtra qu'elle
« est un peu moins élevée.

« Toutefois il ne faut pas perdre de vue que, si les biens de
« mainmorte ne peuvent jamais éprouver de mutation pour
« cause de décès, ils peuvent être et sont quelquefois l'objet
« de transmissions entre-vifs. Il est donc juste de tenir compte
« des droits acquittés pour ces mutations et de faire entrer
« cette cause de réduction dans le calcul de la taxe à éta-
« blir. Votre commission estime qu'en raison de cette cir-
« constance la taxe proposée peut être maintenue.

« La détermination détaillée du droit à percevoir sur chaque
« immeuble, détermination basée sur le principal de la con-
« tribution foncière et la proportion moyenne de l'impôt au
« revenu, n'a été, non plus que le mode de recouvrement,
« l'objet d'aucune critique.

Digitized by Google

« En conséquence, votre commission a l'honneur de vous « proposer d'adopter le projet de loi, en supprimant le second « paragraphe de l'article premier, relatif aux droits d'usage.

PROJET DE LOI.

« Art. 1er. — Il sera établi, à partir du 1er janvier 1849, sur « les biens immeubles passibles de la contribution foncière, « appartenant aux départements, communes, hospices, sémi- « naires, fabriques, congrégations religieuses, consistoires, « établissements de charité, bureaux de bienfaisance, sociétés « anonymes, et tous établissements publics légalement auto- « risés, une taxe annuelle représentative des droits de trans- « mission entre-vifs et par décès. Cette taxe sera calculée à « raison de 62 c. et demi pour franc du principal de la con- « tribution foncière.

« Art. 2. — Les formes prescrites pour l'assiette et le recou- « vrement de la contribution foncière seront suivies pour « l'établissement et la perception de la nouvelle taxe. »

A cette époque, les projets de loi non urgents étaient soumis à trois lectures successives. Ces trois lectures eurent lieu les 16 janvier, 9 et 20 février 1849; elles provoquèrent quelques discussions, sur lesquelles j'aurai à revenir en indiquant les questions spéciales qui y furent abordées.

Au surplus, indépendamment du motif principal qui a été énoncé dans les documents officiels, on peut en signaler deux autres qui ont influé, dans une certaine mesure, sur le vote de l'Assemblée. D'une part, il y avait là surtout une de ces conceptions financières que les circonstances de l'époque faisaient éclore sous diverses formes; celle-ci naissait de la nécessité de créer des ressources nouvelles au trésor public qui voyait à la fois augmenter ses charges et diminuer ses revenus. D'autre part, si la taxe de mainmorte avait dû amener les communes et les établissements publics à aliéner celles de leurs propriétés immobilières qu'il ne leur était pas indispensable de conserver, et à les remplacer par des rentes sur l'État ou par d'autres valeurs analogues d'un produit plus considérable et d'une gestion plus facile, elle aurait produit des effets économiques que je n'ai pas à apprécier ici, mais qui auraient pu présenter une grave et notable importance.

Digitized by Google

En définitive. la loi a été votée dans les termes suivants :

« Art. 1er. — Il sera établi, à partir du 1er janvier 1849, « sur les biens immeubles passibles de la contribution fon- « cière, appartenant aux départements, communes, hospices, « séminaires, fabriques, congrégations religieuses, consis- « toires, établissements de charité, bureaux de bienfaisance, « sociétés anonymes et tous établissements publics légale- « ment autorisés, une taxe annuelle représentative des droits « de transmission entre-vifs et par décès. Cette taxe sera « calculée à raison de 62 centimes et demi pour franc du « principal de la contribution foncière.

« Art. 2. — Les formes prescrites pour l'assiette et le re- « couvrement de la contribution foncière seront suivies pour « l'établissement et la perception de la nouvelle taxe.

« Art. 3. — La taxe annuelle établie par la présente loi « sera à la charge du propriétaire seul pendant la durée des « baux actuels, nonobstant toutes stipulations contraires. »

On voit qu'il existe deux différences entre le texte et celui du projet primitif : 1° les droits d'usage en bois ont été retranchés de l'énumération des biens soumis à l'impôt; 2° l'article 3 a pourvu à une situation que le projet avait omis de prévoir.

3. En janvier 1851, M. Huguenin, membre de l'Assemblée nationale législative, a soumis à cette Assemblée une proposition ainsi conçue :

« Considérant que la taxe de mainmorte est une violation « du principe d'égalité en tant qu'elle frappe les bois des « communes et des établissements publics, puisque l'État, « qui impose d'office les conditions de vente de leurs pro- « duits, perçoit annuellement, et sous divers titres, une « somme d'au moins 1,100,000 francs sur le prix composé « des coupes vendues et plus de 200,000 francs sur les au- « tres produits accessoires;

« Considérant que les bois des particuliers ne sont pas « assujettis à cette rigoureuse fiscalité (dont l'existence n'a « pas été indiquée dans la discussion de la loi); que, dès « lors, il est injuste d'imposer à ceux des communes et des « établissements publics le même impôt de mutation qu'ils « payent en entier et au delà sous une autre forme :

« Article unique. — A partir du 1er janvier 1852, les bois

Digitized by Google

« des communes et des établissements publics seront affran-
« chis de la taxe établie par la loi du 20 février 1849. »

Mais la commission d'initiative parlementaire, à laquelle l'examen de cette proposition fut renvoyée, n'hésita pas à en demander le rejet (février 1851). M. Lequien, rapporteur, en contesta d'abord l'opportunité et, abordant ensuite le fond, il s'exprima ainsi :

« Sous ce second point de vue, pourquoi les bois des com-
« munes et des établissements publics seraient-ils plus
« affranchis de l'impôt que ceux des autres personnes civiles?
« Pourquoi, d'un autre côté, limiter cet affranchissement
« aux seules propriétés forestières? Ne s'agit-il pas, pour les
« uns comme pour les autres, de biens possédés par des per-
« sonnes qui ne meurent jamais et qui, dès lors, n'acquitte-
« ront pas le droit de mutation payé par les autres propriété-
« taires?

« M. Huguenin a cru trouver la justification de sa distinc-
« tion dans cette circonstance que les communes et les éta-
« blissements publics, en vendant aux enchères publiques les
« produits de leurs bois, payent à l'État des droits d'enre-
« gistrement, de caution, de certification de caution et au-
« tres, que les particuliers n'acquittent pas en disposant
« autrement des produits de ces mêmes bois.

« Si ce raisonnement était admissible, il en résulterait
« tout au moins que la partie des produits des bois des com-
« munes et des établissements publics qui se délivre en na-
« ture ne devrait pas être affranchie de l'impôt. Mais, d'un
« autre côté, si un particulier propriétaire de bois veut aussi,
« et c'est même le cas le plus ordinaire, profiter des avantages
« de la concurrence d'une adjudication publique et des ga-
« ranties d'une stipulation de cautionnement, n'est-il pas
« soumis à ces mêmes droits d'enregistrement, de caution,
« de certification de caution? Cependant, la transmission
« qu'il fait de sa propriété oblige son ayant droit à acquitter
« l'impôt de mutation. Faudra-t-il distinguer entre celui qui
« vend ou ne vend pas ses coupes aux enchères publiques?

« Il y a plus : quelle que soit la nature de la propriété, tout
« acte de location soumet les revenus à des droits équivalents
« d'enregistrement.

« L'honorable M. Huguenin a évidemment confondu les

Digitized by Google

« droits qui peuvent atteindre les fruits de la propriété dans « la disposition qu'on en fait et le droit tout particulier « de mutation dû pour le fonds même de la propriété à cha- « cune de ses transmissions; les établissements publics, qui « aliènent rarement et ne meurent jamais, étaient affranchis « de ce dernier droit; d'où une inégalité que la taxe de main- « morte a eu pour objet de faire cesser.

« Nous avons donc l'honneur de vous proposer de ne pas « prendre en considération la proposition de M. Huguenin. »

Ces observations déterminèrent M. Huguenin à retirer sa proposition (19 mars 1851), et quoiqu'il eût, en même temps, annoncé l'intention de la reproduire à l'occasion du budget, il ne donna aucune suite à cette réserve.

Ainsi qu'on l'a vu par les termes de la loi du 20 février 1849, l'impôt qu'elle a établi frappe des établissements dont les intérêts méritent toute la sollicitude des pouvoirs publics. En outre, de même que les lois sur l'enregistrement soulèvent à chaque instant les questions de droit civil les plus délicates, de même la loi du 20 février 1849 a souvent appelé la jurisprudence à résoudre des difficultés d'une nature analogue : car, de même que la perception du droit d'enregistrement est fréquemment subordonnée à la détermination de la nature civile ou contractuelle de l'acte à raison duquel ce droit est réclamé, de même la perception de la taxe des biens de mainmorte est également subordonnée, dans maintes circonstances, à la solution de la question de savoir quel est le caractère du droit de tel ou tel établissement sur les biens qu'il s'agit de soumettre à cette taxe. Tout se réunit donc pour recommander l'étude de cette loi, ainsi que de la jurisprudence qui en a réglé l'application jusqu'à ce jour et qui paraît assez bien établie maintenant pour qu'il soit possible et utile de la soumettre à un examen et à un travail d'ensemble.

SECTION II.

CONDITIONS DE L'IMPOT DES BIENS DE MAINMORTE.

4. Des termes mêmes de la loi il résulte que le législateur de 1849 a voulu créer une contribution directe qui remplaçât par un équivalent la contribution indirecte, c'est-à-dire les

Digitized by Google

droits de mutation, que le trésor public percevrait si les biens soumis à la taxe nouvelle appartenaient à des particuliers, et qu'il ne perçoit pas parce que ces biens appartiennent à des établissements ou à des personnes civiles qui aliènent rarement et qui ne meurent pas.

Du texte de la loi il résulte encore que l'impôt des biens de mainmorte exige la réunion de ces quatre conditions : 1° qu'il porte sur des biens immeubles; 2° que ces biens soient passibles de la contribution foncière; 3° qu'ils *appartiennent* aux établissements ou personnes civiles désignées par la loi; 4° que leur propriétaire soit compris dans l'énumération de l'article 1er.

§ 1er. — *L'impôt ne peut porter que sur des biens immeubles.*

5. On peut se reporter, dans l'exposé des motifs et dans le rapport de la commission, aux raisons parfaitement justes et faciles à sentir qui ont déterminé le législateur à ne pas frapper de la taxe des biens de mainmorte les valeurs *mobilières* appartenant aux sociétés anonymes, aux établissements publics, etc. D'ailleurs, aujourd'hui, quelques-unes de ces valeurs sont assujetties à un nouvel impôt, créé ou aggravé par les lois des 18 mai et 5 juin 1850.

Quant aux immeubles, on sait que, d'après l'article 517 du Code civil, *les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent.*

Or, il paraît manifeste que la loi du 20 février 1849 n'a porté sa pensée que sur les biens immeubles par leur nature. Ce n'est pas que les biens immeubles par leur destination ne puissent être passibles de la taxe de mainmorte, dans le cas où la valeur de ces objets constituerait l'un des éléments de la détermination du revenu qui sert de base à la contribution foncière; mais ils n'en seraient passibles alors que par voie de conséquence, comme accessoires ou comme partie intégrante de l'immeuble principal et pourvu que cet immeuble y fût soumis lui-même. C'est ainsi que les rails et le matériel affecté à l'exploitation des chemins de fer, et qui sont immeubles par destination, sont exempts de cette taxe, quoique les chemins de fer supportent la contribution foncière; mais ils sont exempts de la taxe des biens de main-

Digitized by Google

morte, parce que les chemins de fer, comme on le verra plus loin, n'y sont point eux-mêmes assujettis.

La difficulté se présenterait plutôt pour les biens immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, c'est-à-dire pour *l'usufruit des choses immobilières, les servitudes ou services fonciers, les actions qui tendent à revendiquer un immeuble* (C. civ., art. 526), et l'on a même vu ci-dessus que le gouvernement avait cru pouvoir proposer de frapper de la taxe les droits d'usage en bois. Mais, alors même que le rejet de cette proposition ne suffirait pas pour établir l'esprit de la loi à l'égard des divers immeubles de cette catégorie, il suffirait de remarquer qu'ils ne rempliraient pas une autre condition exigée par la loi de 1849, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas passibles de la contribution foncière. L'usufruitier est bien tenu de cette contribution (C. civ., art. 608); mais elle n'est pas due par l'usufruit distinctement considéré, elle est due par la propriété, quoiqu'elle ne soit privilégiée au profit du trésor que sur les fruits et revenus (loi du 12 novembre 1808, art. 1 et 3).

En sens inverse, il est des objets qui ne sont pas immeubles, aux yeux de la loi civile, et que cependant la loi fiscale envisage comme immeubles, puisqu'elle les frappe de l'impôt foncier. Ainsi, l'article 2 de la loi de finances du 18 juillet 1836 a soumis à la contribution foncière et à celle des portes et fenêtres les bains et moulins sur bateaux, les bacs, les bateaux de blanchisserie et autres de même nature, *lors même qu'ils ne sont point construits sur piliers ou pilotis, et qu'ils sont seulement retenus par des amarres*, c'est-à-dire alors même qu'ils ne constituent que des meubles dans le droit civil (C. civ., art. 519 et 531). Si des objets de cette nature appartenaient aux établissements ou personnes civiles énumérées par l'article 1er de la loi du 20 février 1849, donneraient-ils lieu à la taxe des biens de mainmorte? Je pense, avec M. Serrigny (*Questions et traités de droit administratif*, p. 283) et avec M. Dalloz (*Jurisprudence générale*, v° TAXES, n° 8), qu'il serait difficile d'adopter cette solution sans faire violence au texte, qui ne mentionne que les *biens immeubles passibles de la contribution foncière :* car, si l'on admettait l'opinion contraire, le mot *immeubles* n'aurait plus d'utilité et pourrait être retranché de la loi. D'ailleurs, il me paraît

Digitized by Google

certain que le législateur de 1849 a entendu se référer au sens usuel et légal de cette expression plutôt qu'à un sens exceptionnel qu'il faudrait induire, non pas même du texte formel d'une loi spéciale, mais d'une simple assimilation limitativement et partiellement établie par cette loi.

§ II.— *Les biens doivent être passibles de la contribution foncière.*

6. Quoique je n'aie pas l'intention d'énumérer ici les biens qui sont passibles de la contribution foncière, c'est-à dire d'enter un traité de l'impôt foncier sur le modeste travail qui m'occupe et quoiqu'il me suffise de renvoyer, comme l'a fait la loi de 1849, aux lois et à la jurisprudence qui régissent cet impôt, il n'est cependant pas inutile de rappeler que la principale des exemptions établies en cette matière par les lois concerne les immeubles qui ont ce triple caractère : 1° d'être des propriétés publiques; 2° de n'être pas productifs de revenus; 3° d'être affectés à une destination d'utilité générale (Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° TAXES, n° 12). Il suit de là, par exemple, que si un immeuble, même affecté à une destination de ce genre, est partiellement productif de revenus, il y a lieu de le soumettre partiellement à l'impôt foncier et à la taxe de mainmorte (18 février 1854, département des Pyrénées-Orientales). C'est ainsi encore qu'il a été jugé, les 29 août 1867 et 22 janvier 1868, que la ville de Paris a été légalement imposée à la contribution foncière et, par suite, à la taxe de mainmorte pour des terrains par elle acquis dans diverses communes et destinés à l'établissement du canal qui amène à Paris les eaux de la Dhuis, attendu que ce canal est productif de revenus par les concessions d'eau auquel il donne lieu; la ville a vainement soutenu qu'il ne remplissait pas cette condition, parce que le produit des concessions dont il s'agissait ne couvrait pas les dépenses de l'exploitation [1].

Du reste, il n'est pas nécessaire que la destination d'utilité générale, pour justifier l'exemption, résulte d'une loi; elle peut également résulter d'une convention spéciale, ainsi que l'a décidé l'arrêt suivant (29 juillet 1857) :

[1] Voir aussi dans ce sens deux arrêts des 17 juillet 1867 (*ville de Châteauroux*) et 24 janvier 1868 (*ville de Niort*).

Digitized by Google

« Vu le recours de notre ministre des finances, tendant à « ce qu'il nous plaise annuler un arrêté... par lequel le con- « seil de préfecture du Rhône a accordé à la ville de Lyon « décharge de la taxe des biens de mainmorte assise pour « l'année 1856, sur une maison dont elle est propriétaire, et « qui est affectée au quartier général de la 19e division mili- « taire; ce faisant, ordonner que la cotisation dont le conseil « de préfecture a prononcé la décharge sera rétablie sur le « rôle au nom de la ville de Lyon, attendu qu'aucune loi « n'impose aux villes l'obligation de loger les commandants « des divisions militaires, et que, si la ville de Lyon est tenue « d'affecter une maison au quartier général de la division, « c'est comme condition de la cession qui lui a été faite des « bâtiments dits *de la Déserte*, par décrets des 27 messidor « an XII, 19 ventôse an XIII et 4 mars 1808; — Vu les con- « ventions intervenues à la date du 1er février 1821 et du « 13 mai suivant, entre la ville de Lyon et l'intendant de la « 19e division militaire, représentant le ministre de la guerre, « par lesquelles la ville de Lyon, en échange de la cession « qui lui a été faite par l'État des bâtiments dits *de la Déserte*, « prend l'engagement d'acquérir l'hôtel Varisson, sis rue « Boissac, et de l'affecter à perpétuité à l'établissement défi- « nitif du quartier général de la 19e division militaire, lesdites « conventions approuvées par ordonnance royale du 4 juillet « 1821; — Vu la loi du 3 frimaire an VII (art. 105), le décret « du 11 août 1808, le recueil méthodique des lois et règle- « ments sur le cadastre, approuvé par le ministre des finances « (art. 403 et 404) et la loi du 28 avril 1816 (art. 29); — Vu « la loi du 20 février 1849; — Vu l'ordonnance royale du « 20 décembre 1827, relative aux logements des officiers « d'état-major;

« Considérant qu'aux termes de la loi du 20 février 1849, « ne peuvent être imposés à la taxe des biens de mainmorte « que les immeubles passibles de la contribution foncière;

« Considérant que, d'après les dispositions des lois et « règlements ci-dessus visés, sont exempts de la contribution « foncière les immeubles non productifs de revenu, qui sont « la propriété de l'État, des départements ou des communes, « et qui sont affectés à un service public; que les bâtiments « que la ville de Lyon est tenue d'affecter au quartier général

Digitized by Google

« de la 19e division militaire sont la propriété de cette ville, « et qu'ils sont affectés à un service public; que dès lors, « d'après les dispositions ci-dessus rappelées, ils ne sont pas « passibles de la contribution foncière, et qu'ainsi c'est avec « raison que le conseil de préfecture a prononcé la décharge « de la taxe des biens de mainmorte, inscrite au nom de la « ville de Lyon, à raison de ces immeubles;

« Art. 1er. — Le recours de notre ministre des finances est « rejeté. »

7. De ce que l'impôt des biens de mainmorte ne porte que sur les immeubles passibles de la contribution foncière, il suit également que ceux de ces immeubles qui sont exemptés, même temporairement, de cette dernière contribution, sont par là même également affranchis de cet impôt pour le même temps : ainsi l'a jugé le Conseil d'État par deux arrêts qu'il est utile de faire connaître.

Dans la première espèce, une loi du 22 juin 1854 avait exempté, pendant vingt-cinq ans, de la contribution foncière et de celle des portes et fenêtres les maisons qui seraient élevées, dans un délai de quatre ans, pour l'établissement de la rue Impériale, à Lyon. En 1860, la société anonyme, qui avait été substituée aux droits de la ville pour l'ouverture de cette rue, a été imposée à la taxe de mainmorte. Elle a réclamé devant le conseil de préfecture du Rhône, qui, par un arrêté du 5 octobre 1860, a prononcé la décharge de la taxe, en se fondant sur ce que les immeubles dont il s'agissait étaient affranchis et par conséquent n'étaient pas passibles, au moins momentanément, de la contribution foncière. Pourvoi du ministre des finances, qui soutient que les immeubles temporairement exemptés de l'impôt foncier n'en sont pas moins légalement passibles de cet impôt, et que cette exemption ne peut pas avoir pour conséquence de modifier le caractère spécial de la taxe de mainmorte, établie pour remplacer les droits de mutation. Mais le Conseil d'État a statué en ces termes (30 mai 1861) :

« Considérant que la loi du 22 juin 1854, dans son article 2, « a exempté, pendant vingt-cinq ans, de la contribution « foncière les immeubles qui seraient construits, dans un « délai de quatre années, sur la rue et la place Impériale à « Lyon;

Digitized by Google

« Que, d'après l'article 1er de la loi du 20 février 1849, la « taxe annuelle représentative des droits de transmission « entre-vifs ou par décès ne peut être établie que sur les « biens immeubles qui sont passibles de la contribution fon- « cière; que dès lors la compagnie de la rue Impériale était « fondée à demander décharge de la taxe dite des biens de « mainmorte, établie, pour l'année 1860, sur les maisons par « elle élevées sur lesdites rue et place, et qui jouissent de « l'exemption prononcée par la disposition législative pré- « citée;

« Art. 1er. — Le recours de notre ministre des finances est « rejeté. »

Dans la seconde affaire, le ministre des finances demandait l'annulation d'un arrêté du conseil de préfecture du Bas-Rhin, qui avait accordé aux hospices de Strasbourg décharge de la taxe de mainmorte à laquelle ils avaient été assujettis pour des terrains situés sur le penchant d'une montagne et récemment semés en bois. Le ministre reconnaissait bien que ces terrains devaient, pendant trente ans, aux termes de l'article 226 du Code forestier (modifié par la loi du 18 février 1859), être affranchis de la contribution foncière; mais il soutenait que, conformément à l'article 143 de la loi du 3 frimaire an VII, ils ne cessaient pas pour cela d'être compris dans la matrice du rôle, ce qui établissait une différence entre leur situation légale et celle des terrains à propos desquels était intervenu l'arrêt précité du 30 mai 1861[1]. Mais le Conseil d'État a statué en ces termes (28 mai 1867) :

« Considérant que l'article 226 du Code forestier, modifié « par la loi du 18 juin 1859, exempte les semis de bois sur le « penchant des montagnes de tout impôt pendant trente ans, « et qu'il résulte de cette disposition que les terrains semés « ne peuvent être soumis à la contribution foncière pendant « le délai fixé par la loi;

« Considérant que, d'après l'article 1er de la loi du 20 fé- « vrier 1849, la taxe annuelle représentative des droits de « transmission entre-vifs ou par décès ne peut être établie

[1] Il suffit de se reporter à l'article cité pour voir qu'il ne justifiait en aucune façon la conséquence qui en était tirée.

Digitized by Google

« que sur les biens immeubles qui sont passibles de la con-
« tribution foncière; que dès lors les hospices de Strasbourg
« étaient fondés à demander décharge, etc. »

Quoique ces solutions semblent, à première vue, prêter à la controverse, elles ne sauraient guère être sérieusement contestées. En matière fiscale, c'est la loi seule qu'il faut interroger : son texte seul détermine les choses ou les personnes qui sont ou ne sont pas légalement passibles de tel ou tel impôt, et l'immeuble que ce texte affranchit, même pour un temps, n'est évidemment pas passible pour ce temps de la contribution dont il est ainsi exempté.

Remarquons enfin, sur ce point, que si un immeuble, passible de la contribution foncière et effectivement soumis à cette contribution, en était momentanément dégrevé par voie de remise ou de modération, soit à raison de ce que cet immeuble aurait temporairement cessé de produire des revenus, soit par d'autres motifs de pure équité, ce dégrèvement n'entraînerait pas, du moins à titre de droit, l'affranchissement de la taxe de mainmorte (n° 29, *infrà*).

8. En dehors de ces questions qui, je le répète, touchent surtout à l'impôt foncier, la loi de 1849 a soulevé, relativement à la seconde des conditions de la taxe de mainmorte, une difficulté qui n'est pas sans gravité, mais que le Conseil d'État n'a pas eu besoin de trancher explicitement dans les espèces qui l'ont amenée devant lui.

Supposons que le rôle de la contribution foncière et le rôle de la taxe des biens de mainmorte ne soient pas publiés le même jour; supposons qu'un établissement assujetti à ces deux impôts laisse écouler le délai de trois mois fixé pour réclamer contre l'impôt foncier et que, avant l'expiration du même délai en ce qui touche l'impôt de mainmorte, il réclame contre ce dernier impôt, en se fondant sur ce que les biens qui en sont frappés ne sont point passibles de la contribution foncière. Une telle réclamation, qui pourrait se présenter encore dans d'autres circonstances (ou dans l'hypothèse inverse) sera-t-elle recevable? Les immeubles dont il s'agit ne sont-ils pas devenus, pour l'année qui fait l'objet du débat, légalement *passibles* de la contribution foncière, et dès lors la demande en décharge ou en réduction de la taxe des biens de mainmorte, lorsque cette demande repose sur

Digitized by Google

une prétention à l'exemption de l'impôt foncier, n'est-elle pas désormais inadmissible ?

Sur ce point, il faut d'abord reconnaître que le texte de la loi du 20 février 1849 conduit à considérer la réclamation comme recevable. Cette loi ne soumet pas à la taxe nouvelle les immeubles *imposés* à la contribution foncière, mais les immeubles *passibles* de cette contribution, et la différence de ces deux expressions, qui répond précisément à la différence du fait au droit, est assez sensible, assez saillante pour qu'on ne doive pas facilement admettre que le législateur les a confondues, qu'il a pris une idée pour l'autre, qu'il a rendu l'une de ces idées par l'expression qui représentait l'autre. Il suit de là, selon moi, que l'immeuble imposé en fait, mais non imposable en droit, à la contribution foncière, peut et doit être déchargé de la taxe des biens de mainmorte, si la réclamation relative à cette dernière taxe est formée en temps utile, de même que l'immeuble non imposé en fait, mais imposable en droit à la contribution foncière, aurait pu être porté et devrait être maintenu à la taxe des biens de mainmorte, nonobstant l'omission commise sur le rôle de la contribution foncière. Les deux situations sont identiques, et, si l'application littérale du texte de la loi peut quelquefois tourner au détriment du trésor, on voit qu'elle peut, par compensation, tourner quelquefois à son profit.

Mais, dit-on, le silence du contribuable ou de l'administration a converti le fait en droit : par cela seul que le contribuable n'a pas réclamé, dans le délai légal, contre l'imposition de ses immeubles à la contribution foncière, ou par cela seul que les agents de l'administration n'ont pas porté tel immeuble sur le rôle de cette contribution pour l'année, l'immeuble est désormais légalement passible ou non passible de l'impôt foncier, et il n'y a plus qu'à appliquer cette présomption de droit à la taxe de mainmorte.

Il est facile, ce me semble, de dégager de ce raisonnement la part d'erreur et la part de vérité qu'il contient. Il est exact, sans doute dans une certaine limite, dans la limite à laquelle s'arrête, en général, l'effet des présomptions et des fictions de droit : il s'applique bien, par conséquent, à la contribution à l'égard de laquelle le contribuable est déchu de son droit de réclamer ; il s'appliquerait même aux contri-

Digitized by Google

bution qui ne seraient que l'annexe ou l'accessoire inséparable de la contribution principale, par exemple aux centimes additionnels. Mais il ne s'applique pas, il est logiquement et juridiquement inapplicable à une contribution également principale, distincte de la première, qui n'en est ni l'accessoire ni l'augmentation, et pour laquelle le législateur ne s'est référé à la contribution foncière qu'à l'effet d'indiquer les bases de la taxe nouvelle. La présomption qui peut résulter du silence du contribuable ou de l'administration est de la même nature que celle qui naît de la chose jugée : celle-ci aussi s'oppose à ce que, sous aucun prétexte, la chose jugée, qui est désormais une vérité légale, soit remise en question; elle est même plus considérable et plus sacrée encore que celle qui dérive simplement de l'abstention : et cependant, si la même question vient à surgir ultérieurement dans un autre litige, pour un autre objet, il n'y a plus de chose jugée, l'autorité de la première présomption disparaît, et le juge reprend, comme les parties, toute sa liberté.

Il ne faut même pas, pour décliner ici l'application de ces principes, exagérer l'inconvénient qui résulterait de ce que, pour juger une question de taxe des biens de mainmorte, on aurait à juger une question d'impôt foncier, ou réciproquement. Cet inconvénient se présente nécessairement dans un grand nombre de circonstances : ainsi, sans sortir de la matière même des contributions, on est bien obligé parfois de trancher, à l'occasion d'une question de patente, une question d'une autre nature, la question de savoir s'il existe ou s'il n'existe pas une société commerciale entre tels individus, la question de savoir si le réclamant a fait des actes de commerce incompatibles avec la profession publique dont il est investi, et s'il n'a pas ainsi contrevenu aux devoirs de cette profession, etc. Mais, dans tous ces cas, ces questions ne sont jugées qu'au point de vue de la patente, et les décisions qui interviennent n'ont aucune autorité en dehors de la sphère administrative dans laquelle elles sont rendues. Il en sera de même ici : la décision n'aura d'effet que pour la taxe des biens de mainmorte; le rôle de la contribution foncière n'en sera pas atteint, et de plus, comme les rôles des contributions sont annuels, cet effet légal se restreindra, soit pour, soit contre le contribuable ou le trésor, à une seule année, le

Digitized by Google

droit de chacun demeurant entier pour les années suivantes. Il convient même d'ajouter que cet inconvénient apparent est moins réel en cette matière qu'en toute autre ; car c'est la même juridiction, ce sont les conseils de préfecture et le Conseil d'État qui statuent sur le contentieux des deux contributions, de la taxe de mainmorte comme de l'impôt foncier.

C'est en ce sens que la question avait été résolue par la circulaire précitée de l'administration des contributions directes, du 10 mars 1849. Le troisième paragraphe de cette circulaire était ainsi conçu :

« Les contrôleurs vérifieront si, dans les articles concer-
« nant les établissements désignés en l'article 1er de la loi, il
« n'existe pas des propriétés, et notamment des maisons,
« qu'on aurait à tort considérées comme exemptes de la
« contribution foncière. Ces propriétés, s'il s'en rencontre,
« seront évaluées dans la même proportion que les autres
« propriétés de la commune, et leur revenu sera compris
« dans le relevé. »

C'est même en ce sens qu'il a été implicitement statué par le Conseil d'État dans un arrêt du 10 mai 1851 (ville de Brest). Le ministre des finances, dans son avis sur cette affaire, disait :

« Il est vrai que, jusqu'à ce jour, ces propriétés (celles à
« raison desquelles la ville réclamait, ont été omises dans les
« rôles de la contribution foncière; mais elles auraient dû y
« être portées, et elles n'en sont pas moins soumises à la
« taxe représentative des droits de mutation, puisque, aux
« termes de la loi du 20 février 1849, cette taxe est due pour
« toutes les propriétés *passibles* de la contribution foncière,
« appartenant, etc. »

Et le Conseil d'État, en rejetant le recours de la ville de Brest contre l'arrêté du conseil de préfecture qui l'avait maintenue au rôle de la taxe des biens de mainmorte pour les immeubles dont il s'agissait, s'est en effet fondé sur ce que ces immeubles étaient passibles de la contribution foncière.

Il est vrai que, plus tard, dans une autre affaire (28 mai 1852, *Congrégation des dames de Flines*), où l'intérêt fiscal était inverse, le ministre des finances a soutenu l'opinion

Digitized by Google

contraire, et que le Conseil d'État s'est abstenu de trancher la question. *Sans qu'il soit besoin de statuer*, a-t-il dit, *sur la question de savoir si la congrégation des dames de Flines, qui n'avait pas demandé, dans les trois mois de la publication du rôle de la contribution foncière, la décharge de ladite contribution pour les immeubles dont il s'agit, était encore recevable à réclamer contre la taxe des biens de mainmorte assise sur les mêmes immeubles, en se fondant sur ce qu'ils n'étaient pas passibles de la contribution foncière.*

Mais cette réserve, qui peut s'expliquer dans l'espèce par le désir qu'avait le Conseil d'État d'aborder la question du fond, n'équivaut pas à l'abandon ou à la condamnation de la doctrine consignée dans la circulaire du 10 mars 1849 et implicitement admise par l'arrêt du 10 mai 1851. Il nous paraît certain que, le cas échéant, cette doctrine serait explicitement sanctionnée par le Conseil d'État [1]. REVERCHON.

(*La suite à une autre livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

L'ESPRIT DU DROIT ROMAIN,

DANS LES DIVERSES PHASES DE SON DÉVELOPPEMENT.

Par M. R. von Ihering;

Traduit sur la 3e édition avec l'autorisation de l'auteur,
Par M. O. DE MEULENAERE,
juge au tribunal de première instance de Bruges [2].

Compte rendu par M. A. ESMEIN, agrégé à la Faculté de droit de Douai.

Depuis le grand ouvrage de Savigny, l'école historique allemande n'avait pas produit une œuvre de généralisation comparable à celle-ci. C'est donc rendre un grand service que de la faire passer dans notre langue. M. de Meulenaere a par là bien mérité du public français, qui du reste le connaissait déjà.

[1] V. en ce sens M. Dalloz (*loc. cit.*, n° 10).
[2] Tomes I-III, Paris, A. Marescq aîné, éditeur.

Digitized by Google

M. d'Ihering n'a point songé à écrire une histoire du droit romain, comme il en existe beaucoup en Allemagne, un traité purement descriptif. Son but a été différent. Montrer les institutions comme des organismes vivants, faire, comme il le dit, la physiologie du droit, dégager l'esprit qui anime toutes les institutions d'un peuple, lorsqu'elles se forment et se transforment suivant un courant nouveau, qui emporte la civilisation : voilà ce qu'il a voulu faire, et, ajoutons, ce qu'il a fait. Pour opérer cette résurrection il fallait une profonde érudition, il fallait aussi une imagination puissante; aussi dans la large synthèse de M. d'Ihering on rencontre à chaque pas des comparaisons frappantes, de vives images, des développements harmonieux : plus que personne il a ce qu'il appelle l'art de la construction esthétique; cette tendance le pousse même parfois à exagérer certains traits, à outrer certaines vérités.

L'histoire du droit romain, ainsi comprise, devait être envisagée par périodes très-larges; il fallait de plus embrasser non-seulement le droit privé, mais le droit public. L'ouvrage a trois parties : les origines, le droit strict, le droit romain postérieur.

Les origines : ce sont les institutions que Rome apportait avec elle en naissant ou qu'elle dut créer spontanément; dans cette partie se présentent naturellement des comparaisons fréquentes avec la constitution primitive des autres peuples de la race indo-européenne, et la philologie est souvent consultée. M. d'Ihering distingue dans cet apport primordial plusieurs éléments.

D'abord ce qu'il appelle le *principe de la volonté subjective.* Aux jours lointains des origines, le pouvoir social est bien faible encore, et son action presque nulle : l'individu doit se faire justice à lui-même ; la force individuelle remplit le rôle que remplira plus tard la force publique ; mais les règles, qui la conduisent et la limitent, montrent que c'est le droit qu'elle réalise. C'est en première ligne la vengeance privée qui donne naissance aux *delicta privata* du droit romain. Là, à côté du talion, la peine pécuniaire analogue à la *compositio* des lois des Barbares, représente le prix moyennant lequel on renonce aux représailles, et confond ainsi, dans une notion complexe, l'idée de peine et l'idée de

Digitized by Google

réparation. C'est encore, suivant M. d'Ihering, l'emploi des témoins instrumentaires ; le *testis*, celui qui assiste, doit attester l'acte juridique et au besoin donner son concours à l'exécution [1]. Cette idée ingénieuse n'a malheureusement pour appui que des considérations philologiques ; elle ne se précise que lorsqu'il s'agit d'un acte que le peuple entier vient garantir, comme peut-être la *mancipatio* à l'origine, ou surtout le testament *calatis comitiis*. L'exécution privée, n'offrant pour garanties que les formalités dont la coutume l'entoure, est ici de la plus grande importance : aussi trouvons-nous une étude approfondie de la *manus injectio* et de la *pignoris capio*, qui n'est plus qu'un vestige dans les commentaires de Gaïus. M. d'Ihering dessine finement l'évolution par laquelle ces procédures d'exécution peuvent donner place à une opposition légale, et devenir contentieuses : pour la *manus injectio* cela était facile à montrer ; la démonstration qu'il fournit quant à la *pignoris capio* nous paraît plus douteuse [2]. L'élément individualiste aurait même donné son empreinte à la procédure contentieuse proprement dite. Le procès n'aurait été à l'origine qu'un arbitrage volontairement accepté des parties, et de cette origine il aurait gardé le concours nécessaire du défendeur, et le caractère contractuel de la *litiscontestatio ;* on comprend aussi que dans le *sacramentum*, le juge ne prononce à proprement parler aucune condamnation. Ajoutons que l'emploi si fréquent des *sponsiones* dans la procédure vient à l'appui de ces ingénieuses observations.

Après l'individu, le groupe. Cette cohésion se réalise chez les Romains par l'organisation en *gentes* et par l'organisation militaire. La *gens* est un petit État ; tous les *gentiles* doivent s'assister pour la vengeance et pour la poursuite du droit ; la *gens* exerce un contrôle sur ses membres, une sorte de censure ; elle organise les tutelles, elle a un patrimoine [3].

[1] Le témoin ou *garant* de notre procédure féodale a en partie ce caractère.

[2] M. d'Ihering impose tout le fardeau de la preuve au *pignerator*, qui devait agir contre le débiteur, pour le forcer au rachat. Nous trouverions plus vraisemblable un droit d'opposition et de contestation de la part du débiteur : c'est ce qui se produisit pour la *pigneratio* des lois barbares, avec laquelle la *pignoris capio* devait avoir plus d'une analogie.

[3] Ce mélange d'intérêts n'avait pas été sans influence, selon M. d'Ihering, sur la théorie des *actiones populares*.

Digitized by Google

Les *gentes* ne sont qu'une première assise ; elles composent l'État en passant par les groupes plus complexes de la curie et de la tribu. Mais l'État ancien, suivant notre auteur, ne forme point une personne morale, il n'est que la réunion de tous les citoyens ; aussi la volonté de l'État ce n'est que la volonté des citoyens, et la loi n'est qu'un contrat. M. d'Ihering poussant son idée jusqu'au bout rapproche la *rogatio* de la *stipulatio :* il est curieux, on l'avouera, de voir l'école historique relever l'idée de contrat social ; et nous pensons qu'ici il n'y a qu'une de ces exagérations dont nous avons parlé, la *rogatio* n'est qu'un procédé commode et simple. Ce qui est mis en relief d'une façon saisissante, c'est le caractère fermé de l'État antique : pour être dans l'État, il faut être dans la *gens*, l'*hospes* et le *client* ne se couvrent de son droit qu'en se soumettant à elle ; le patronat, selon M. d'Ihering, a presque la même physionomie que le *patria potestas* [1]. Peut-être notre auteur aurait-il dû aussi déterminer d'une façon précise la composition de la *gens* et les règles qui en maintenaient l'unité : d'autre part, qu'étaient alors ceux qui furent les plébéiens « *qui gentem non habebant ?* A l'origine la plèbe se trouvait tout entière dans les liens de la clientèle » (t. I, p. 245), cela est possible ; mais il eût été bon d'indiquer alors comment elle s'en dégagea.

L'État antique ce n'est pas seulement une réunion de familles, c'est aussi nécessairement une armée organisée ; la constitution civile correspond à l'organisation militaire. Cela est évident pour la constitution de Servius Tullius ; cela n'est pas moins certain pour la constitution par Curies, comme le montre M. d'Ihering ; et de cet élément militaire, il tire l'origine directe de l'*imperium* du roi, plus tard du *magistrat ;* c'est avant tout un pouvoir militaire ; le caractère religieux n'est qu'accessoire. La royauté romaine n'est point patriarcale ; ce n'est point pour l'État l'analogue de la *patria potestas*, le caractère électif du roi est bien dans ce sens.

Vient enfin le principe religieux, il pénètre tout, droit public et droit privé ; cependant M. d'Ihering remarque que dès l'origine, le droit laïque se distingue du droit sacré, le *jus* du *fas*. Cette restriction faite, il montre la religion agissant

[1] Le *peculium*, comme le *precarium*, aurait été inventé pour les clients.

Digitized by Google

puissamment dans le domaine du droit pénal, et surtout dans l'organisation de la procédure civile. Ce seraient les pontifes qui, choisis volontairement par les parties, comme possédant toute la science du temps, auraient organisé à titre d'arbitres la première procédure, celle du *sacramentum;* de là viendrait l'argent qu'on déposait « *ad pontem* » et l'emploi pour les *sacra publica* de ces dons volontaires. Ici nous contestons : sans doute l'intervention des pontifes eut une grande influence sur le développement des actions de la loi, mais le passage de Pomponius qui atteste ce point (L. 2, § 6, D., 1, 2) vise le temps qui suivit la chute de la royauté et même la rédaction des Douze Tables. L'*actio sacramenti* doit remonter à l'époque des rois où déjà existait une administration de la justice civile : et c'était le roi qui présidait à cette administration (Dyonis., X, 1). Comment en eût-il été autrement? Le roi était le chef suprême et réunissait tous les pouvoirs[1].

Comment les Romains organisèrent-ils ces données primitives, de façon à en faire ce droit qui est encore aujourd'hui étudié d'un bout de l'Europe à l'autre ? C'est, dit M. d'Ihering, en sachant se soumettre à la forte tutelle d'un droit strict et formaliste, c'est aussi en dégageant le *jus* des idées religieuses. Alors même que la religion présidait à tous les actes du droit public, on savait la réduire à une simple question de formes, et la plier aux nécessités de la politique.

Le livre II étudie donc le système du droit strict. Après un brillant aperçu sur la publicité de la vie juridique à Rome, il met en lumière les tendances générales du droit ancien qui sont ramenées à trois, la *spontanéité*, *l'amour de l'égalité*, *l'amour de la liberté et du pouvoir*. Cette terminologie abstraite, chère aux Allemands, va s'éclaircir bientôt. — L'auteur entend par spontanéité la tendance du droit à se dégager de toute influence et de tout alliage étrangers, et il reconnaît au plus haut point cette qualité au droit romain. D'abord il

[1] Hypothèse pour hypothèse, nous préférerions celle de M. Huschke ; d'après lui le *sacramentum* serait le serment par lequel les parties se vouaient aux dieux, pour le cas où elles affirmeraient faussement leur droit; l'argent payé serait une offrande expiatoire par laquelle le perdant se rachetait : les expressions de *sacramentum justum, injustum* seraient alors très-exactes. Voy. Huschke, *die Multa und das Sacramentum*, p. 355 sqq.

Digitized by Google

fut de bonne heure fixé comme loi écrite ; sans parler des *Leges Regiæ*, perdues dans les brumeuses origines, la loi des Douze Tables se dresse au seuil du développement que nous pouvons saisir; et cela eut une influence immense. Les premiers représentants de l'École historique, sur les traces de Savigny, avaient été très-durs pour les codifications et les lois écrites; la nouvelle école est revenue de ces exagérations. S'il est vrai que seul le mouvement coutumier produit les législations durables, il n'est pas moins certain que le droit ne peut être l'objet d'une étude scientifique que lorsqu'il est fixé dans une loi positive : et c'est l'*interpretatio*, développant les principes déposés dans les Douze Tables, qui construisit l'important édifice du droit civil [1]. — M. d'Ihering a montré précédemment comment l'élément civil s'était dégagé de la religion, il indique maintenant comment le droit s'affranchit d'une union étroite avec la morale. Les Romains pourtant sanctionnaient la morale d'une façon positive et très-rude; mais ils le faisaient au moyen d'une institution bien distincte du droit civil, au moyen de la censure. Le droit restait étroit, mais fixe et respecté, se réalisant avec certitude.

Par *l'esprit d'égalité* M. d'Ihering entend la propension du droit ancien à tout uniformiser dans une matière, en éliminant les différences accidentelles. C'est, on le voit, autre chose et plus que l'égalité devant la loi; et c'est là une sorte de sagesse pour les peuples primitifs, qui, se sentant impuissants à analyser les espèces, tracent d'avance des solutions simples, embrassant toute une série d'hypothèses. De nombreux exemples viennent à l'appui de cette affirmation : signalons en particulier l'étude des dommages-intérêts, considérés a ce point de vue; là éclate une tendance indiscutable à faire d'avance des évaluations approximatives; la théorie du *certum*, et de la *stipulatio pœnæ* dans les contrats, l'attribution d'une somme fixe ou d'un multiple de la valeur dans les actions *ex delicto*, la *sponsio tertiæ* ou *dimidiæ partis* et bien d'autres points viennent en témoigner.

Le chapitre sur l'amour de *la liberté et du pouvoir* est l'un des plus ingénieux, mais aussi l'un des plus contestables du

[1] Voy. Summer-Maine, *l'Ancien droit*, ch. I et II.

Digitized by Google

livre. M. d'Ihering met d'abord en présence les deux principes qui se partagent les gouvernements : la libre autonomie de l'individu, et la tutelle minutieuse de l'État. Avec une grande élévation d'idées il dégage la supériorité du premier, mais il fait plus; il prétend le retrouver à Rome. Ici tout au moins l'expression dépasse la pensée. Dans le droit public bien des points, soigneusement exposés par notre auteur, protestent contre sa conception : la justice criminelle, qui mettait le citoyen à la merci de l'assemblée populaire, jugeant sans loi et demandant compte de toute une vie (t. II, p. 45 sqq.); la censure, véritable inquisition des mœurs; la liberté de conscience absolument ignorée (t. II, p. 132). A ce point de vue on serait plutôt tenté de conclure avec M. Fustel de Coulanges, dans la *Cité antique :* « Les anciens n'ont pas connu la liberté individuelle[1]. » Et même dans la sphère du droit privé, en laissant de côté l'esclavage, et à ne considérer que l'organisation de la famille, il est facile de reconnaître que la libre expansion de l'individu n'existait que pour quelques-uns[2]. Ce qui nous paraît vrai, c'est que l'ancien droit romain, produit d'une civilisation primitive où les groupes sont fortement organisés et où le pouvoir central est peu de chose, laisse la volonté du *paterfamilias* agir presque sans limites dans le domaine du droit privé; et, d'autre part, le citoyen romain participe dans une large mesure à l'administration de la chose publique. — C'est du reste ce que M. d'Ihering a montré mieux que personne; et il faut louer sans réserve l'étude qu'il a faite de la famille antique.

Mais la liberté individuelle, quelque part qu'on lui fasse, doit avoir des limites. Ici se trouve la contre-partie nécessaire des développements qui précèdent. Nous signalerons à ce point de vue, pour le droit privé, une remarquable étude sur les servitudes, et, en particulier, sur les restrictions que le droit romain apportait à leur Constitution. Puis, tout un chapitre est consacré à la question sociale dans le monde romain, et ce n'est pas un des moins intéressants. Il dégage surtout l'influence désastreuse du travail servile, qui, par une concurrence écrasante, créait fatalement un prolétariat

[1] Liv. III, ch. XVII.
[2] Cf. Summer-Maine, *l'Ancien droit*, ch. IX.

Digitized by Google

misérable; on trouve aussi le tableau des tentatives faites pour résoudre un problème, qui, ainsi posé, était insoluble. — M. d'Ihering, pour terminer ces développements, étudie le jeu des pouvoirs publics dans l'antiquité romaine. A vrai dire, c'était une étrange harmonie, certains magistrats étant presque tout-puissants pour ordonner, certains autres étant presque tout-puissants pour défendre. La responsabilité à courte échéance était le plus fort contre-poids de ces pouvoirs à peu près illimités : comme l'a dit M. Laboulaye dans un passage que cite notre auteur, « tout marchait par une suite de transactions, de concessions mutuelles et de tempéraments perpétuels ». Le tableau est fait de main de maître; et, sauf l'admiration que professe M. d'Ihering pour un semblable système, il serait difficile d'y trouver rien à redire.

Le troisième volume (dans la traduction) présente le côté extérieur du droit, *la technique juridique*, comme dit M. d'Ihering. Insistons sur ce qui concerne directement l'histoire du droit romain. Nous trouvons tout d'abord mise en relief l'influence du collége des pontifes qui eurent, on le sait, la haute administration de la justice civile, au moment où se précisait le rituel des actions de la loi. Puis l'auteur montre comment la science passa aux mains des laïques; et cette étude sur les jurisconsultes de Rome est une lumineuse introduction aux développements qui vont suivre. Le système formaliste, avec ses complications et ses piéges inévitables, serait inapplicable sans l'intervention constante du juriste, qui compose les formules, assiste les parties, conseille les magistrats : tel est le jurisconsulte romain, « *vir pietate gravis* », désintéressé et puissant sur l'opinion. Les mêmes causes ont du reste amené ailleurs les mêmes effets : notre procédure formaliste du moyen âge donne une importance semblable aux *conseils* des parties : les *Assises de Jérusalem* sont là pour montrer que les barons féodaux, comme le patriciat romain, cherchèrent dans cette voie la gloire et le crédit.

Les derniers paragraphes, qui nous restent à examiner, sont réunis sous un titre unique : « Prédilection du droit ancien pour l'élément extérieur; » ils se rangent sous deux chefs : le *matérialisme* et le *formalisme*. — Les législations primitives, malhabiles à poursuivre de fines analyses, s'atta-

Digitized by Google

chent à ce qui est saisissable et visible. La chose tangible est la plupart du temps l'objectif de l'ancien droit romain. M. d'Ihering nous le montre dans les théories du *furtum*, de la loi *Aquilia*, de l'erreur, de la possession et de l'usurpation; il le met surtout en saillie dans les développements qu'il consacre à la *res* distincte de la valeur économique. — Quant au formalisme, jamais il n'a été analysé avec plus de pénétration, exposé avec plus de puissance. C'est là une étude, qui est devenue déja classique en Allemagne. M. d'Ihering ne comprend pas seulement le formalisme, il l'aime en réalité. Ici nous ne voulons pas analyser; il faut lire en entier les §§ 50 à 57. Une observation seulement pour terminer.

L'auteur étudie en détail les trois principaux actes formalistes de l'ancien droit, la stipulation, l'*in jure cessio* et la mancipation; sur cette dernière institution sa théorie nous paraît tout à fait contestable. Suivant lui, la *mancipatio*, antérieure même à l'usage de la monnaie pesée, aurait été à l'origine un mode de transiation de la propriété absolu et indéterminé; l'*accipiens* aurait simplement touché la chose et prononcé les mots: « *Aio hanc rem esse meam*[1]. » La mention du payement ne se serait introduite que plus tard. La vente s'étant substituée à l'échange, et la vente à crédit étant née, la loi des Douze Tables aurait décidé, pour sauvegarder tous les droits, que jusqu'au payement la propriété ne serait pas transférée (Inst., II, 1, § 41); mais de là des difficultés; l'acheteur dépossédé et revendiquant était obligé de prouver qu'il avait payé son prix, si cela était contesté[2]. Pour couper court, on introduisit dans l'acte formaliste la mention du payement, qui faisait preuve par elle-même. Cela nous semble inadmissible. Sans parler des contradictions et des consé-

[1] T. III, p. 224: « En tout cas, pour l'échange même l'acte ne peut avoir consisté qu'en deux mancipations séparées, c'est-à-dire que chaque partie devait saisir la chose, et prononcer les mots: *Aio*, etc. »

[2] Ainsi ce serait pour protéger les tiers possesseurs contre l'acheteur que la disposition des Douze Tables aurait été édictée. — Observons que d'après la traduction de M. de Meulenaere, la difficulté se présenterait « lorsqu'un tiers revendiquant contesterait le payement ». Ce n'est point ce que dit le texte, il suppose au contraire une revendication intentée par l'acheteur: c'est ainsi qu'il faut entendre la phrase: « Wer gekauft und den Kaufpreis « bezalht hatte, musste letzeres, wenn es ihm, bei Vindication der Sache, « von einem Dritten bestritten wurde, beweisen. »

Digitized by Google

quences étranges auxquelles aboutit la théorie de M. d'Ihering[1], rien n'autorise à distinguer dans la mancipation deux éléments d'époques diverses. Elle apparaît au contraire tout d'abord avec les caractères d'une vente au comptant absolument sérieuse; elle dut naître en même temps que la monnaie pesée, et la pesée était toujours réelle à l'origine. Plus tard seulement, la monnaie frappée prenant le dessus et la vente à crédit s'introduisant, la pesée ne fut plus qu'un symbole, et l'acte formaliste enregistra un payement purement fictif; c'est probablement ainsi que la mancipation devint un simple mode de transfert. Mais, dans ces conditions, appliquée à une vente, elle présentait de sérieux inconvénients pour le vendeur: c'est pour le protéger que la loi des Douze Tables décida que dans ce cas particulier la pesée, devenue purement symbolique, ne serait point considérée comme un payement véritable.

Ici s'arrêtent les trois volumes de traduction, qui ont paru: mais l'ouvrage de l'auteur allemand ne s'arrête point là. Nous attendons la suite avec impatience; en terminant, nous ne pouvons que remercier M. de Meulenaere de ce qu'il nous a déjà donné, espérant que le reste viendra bientôt.

A. ESMEIN.

DU CALCUL DE LA DURÉE DES PEINES,

Par M. Augustin Cabat,
Substitut du procureur de la République à Bar-sur-Seine[2].

Compte rendu par M. A. Esmein, agrégé à la Faculté de droit de Douai.

M. Cabat, comme l'indique le titre de sa monographie, a surtout poursuivi un but pratique; il a voulu rédiger un guide commode pour les magistrats chargés par la loi de faire exécuter les peines. Mais il ne s'est point contenté de réunir les solutions de la jurisprudence sur ce sujet délicat; il présente aussi l'état de la doctrine, et fait œuvre personnelle en soumettant ces données à une critique constante. Il a, croyons-nous, passé en revue toutes les questions que

[1] Voyez sur ce point les excellentes observations de M. Bechmann, *Geschichte des Kaufs in rœmischen Recht*, p. 51 sqq.

[2] Marescq aîné, éditeur.

Digitized by Google

soulève cette matière importante. Il étudie successivement le point de départ et le terme des peines temporaires, leur interruption, leur confusion et enfin leur réduction possible; il termine en recherchant quelle est la juridiction compétente pour trancher les difficultés qui s'élèvent à propos de l'exécution des peines. Les solutions qu'il adopte, et qui ne sont pas toujours celles de la jurisprudence, sont en général juridiques et bien motivées. Signalons seulement deux points sur lesquels nous élèverons une critique.

M. Cabat a été nécessairement amené à étudier la question de l'imputation de la détention préventive sur la peine. Notre loi, on le sait, n'admet l'imputation que lorsque la peine infligée est l'emprisonnement correctionnel, et seulement pour le temps qui s'écoule depuis la condamnation, quand le condamné n'use pas des voies de recours qui lui sont ouvertes, ou triomphe dans le recours qu'il a formé. M. Cabat a étudié soigneusement toutes les difficultés de détail, assez compliquées, qui s'élèvent sur l'article 24 du Code pénal; mais il n'a qu'un mot très-bref pour apprécier le système de la loi française, nous eussions aimé à voir cette importante question étudiée plus profondément. L'imputation intégrale de la détention préventive sur la peine, quelle qu'elle soit, est admise par plusieurs Codes européens, et est inscrite dans d'autres projets de Code non encore votés; d'autres législations contiennent des tempéraments et des transactions [1]. Il y a là un problème qui s'impose à l'attention des criminalistes. — Examinant quelle est la juridiction compétente pour statuer sur l'exécution des peines, M. Cabat se prononce nettement pour le tribunal civil du lieu ou le condamné est détenu, lorsque la condamnation émane d'une Cour d'assises. C'est bien là, croyons-nous, la véritable solution; mais nous ne comprenons point comment, lorsqu'il s'agit de l'exécution d'un jugement du tribunal de police correctionnelle, M. Cabat attribue la compétence tantôt au tribunal qui a prononcé la peine, tantôt au

[1] Voyez pour l'imputation intégrale, le Code pénal belge, art. 30; le Code de Zurich, art. 62; les projets autrichien et hollandais. L'Allemagne a un système spécial: l'imputation n'est un droit que dans des conditions qui rappellent de près la loi française (art. 482 de la loi de procédure criminelle de 1877); mais c'est toujours une faculté pour le juge (Code pén., art. 60). Cf. Code danois, art. 38.

Digitized by Google

tribunal civil, suivant que le détenu expie sa peine dans l'arrondissement où elle a été prononcée, ou dans un autre arrondissement. Il y a là un essai de conciliation entre des théories opposées, qui ne nous paraît pas heureux.

M. Cabat a réuni dans un appendice les principales circulaires ministérielles sur la matière qu'il a traitée ; il y a là un recueil de quelques pages, commode à consulter.

A. ESMEIN.

PROGRAMME DU COURS DE DROIT ROMAIN.

Par M. Ernsst Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy [1].

Compte rendu par M. C. Accarias,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

M. Ernest Dubois est déjà connu du monde savant par de nombreux travaux, et il compte parmi les érudits contemporains du meilleur aloi. Ses études sur les Tables de Cles et sur Guillaume Barclay témoignent d'un heureux esprit de curiosité et de recherche allié à une sagacité qui n'est pas commune. Une brochure très-substantielle, intitulée : *Réformes et liberté de l'enseignement supérieur*, fait le plus grand honneur à l'indépendance de son jugement. Nos législateurs devront la consulter le jour où le gouvernement voudra bien se souvenir qu'il y a dans la loi des 12-27 juillet 1875 une disposition qui l'oblige « à présenter, *dans le délaí d'un an*, « un projet de loi ayant pour objet d'introduire dans l'en- « seignement de l'État les améliorations reconnues néces- « saires. » (Art. 24.)

L'œuvre dont je vais entretenir un instant les lecteurs de la Revue est plus modeste. En 1871, M. Dubois avait publié une partie du programme de son cours de droit romain, il avait choisi la matière des obligations, sans doute parce que c'est celle où les idées romaines ont le plus de simplicité et de vérité, et où nous pouvons aujourd'hui encore trouver le plus de ressources pour l'intelligence du droit français. L'année dernière, il a publié le reste de son programme. Pourquoi ce long intervalle de six ans entre les deux publications? M. Dubois nous l'apprend lui-même dans la préface de la sconde partie. Il espérait que les règlements universitaires seraient

[1] Paris, A. Cotillon et C°, éditeurs.

Digitized by Google

modifiés de manière « à rendre au professeur de droit romain une liberté précieuse dont il se trouve aujourd'hui privé, ainsi que le professeur de Code civil », et ces modifications l'eussent conduit lui-même à changer son programme. Bien d'autres avaient partagé les espérances de M. Dubois, et un instant ils ont pu les croire réalisées. Le décret des 26-29 mars 1877 s'exprimait ainsi dans son article 1er : « Les étudiants en droit sont interrogés, à l'examen de première année d'études, sur les parties du Code civil, du droit romain et du droit criminel qui ont été enseignées par les professeurs dont ils ont suivi les cours. A cet effet, il doit être remis aux examinateurs un programme de l'enseignement donné par ces professeurs. » Cette disposition paraissait libérale. Mais une circulaire du 16 mai suivant, au bas de laquelle on s'étonne de trouver le nom du même ministre [1] qui avait proposé le décret de mars, nous apprit que nous nous faisions illusion. Elle porte que l'article 1er « n'a point eu pour objet de laisser aux professeurs toute latitude en ce qui concerne la détermination des programmes de leur cours », et spécialement que les professeurs de droit romain « continueront de se conformer aux programmes existants ». Je ne m'arrêterai pas à regretter que cette circulaire ne soit pas plus récente d'un jour ou seulement de quelques heures; mais je ne me résigne pas à croire qu'elle contienne le dernier mot de l'autorité. Qui dit science dit liberté, non-seulement liberté dans les idées, mais liberté dans la méthode. Qu'un programme officiel détermine les divers objets de l'enseignement obligatoire et les matières de chaque examen, rien de mieux; mais imposer aux professeurs l'ordre dans lequel ils devront concevoir et exposer leurs idées, c'est une prétention dont la routine peut se réjouir, dont les bons esprits souffrent et se moquent. M. Dubois, lié comme nous le sommes tous, par l'interprétation rétrograde de la circulaire du 16 mai, a dû commettre certains défauts de méthode. C'est ainsi qu'il intercale l'étude des testaments et des hérédités entre la matière des droits réels et celle des obligations; et je ne puis le lui reprocher, m'étant incliné comme lui, et non de bon cœur, devant les rigueurs du programme officiel [2].

[1] M. Waddington.

[2] Voir mon *Précis de droit romain*, t. I, 1re édit., p. 714, note 2; 2e édit., p. 747, note 1.

Digitized by Google

Il est difficile et imprudent de juger d'un livre sur la table des matières. Peut-on beaucoup mieux apprécier la valeur d'un enseignement d'après un simple programme? Je ne le crois pas. Néanmoins comme celui de M. Dubois est très-développé, très-minutieux, et que dans les 80 pages in-8° dont il se compose il n'y a pas de redites, pas de mots inutiles, il donne à présumer que le cours dont il est la condensation et le sommaire est un cours fort riche. On retrouve ici l'esprit d'ordre et d'exactitude dont M. Dubois a fait preuve dans toutes ses productions. Si j'avais quelque réserve à faire, peut-être lui reprocherais-je des divisions trop multipliées. Ainsi il présente successivement quarante-deux classifications des actions, dont plusieurs, à mon sens, devraient être supprimées, et dont quelques-unes pourraient être rattachées à d'autres comme de simples subdivisions. Mais je ne veux pas insister sur cette légère critique, et je termine par l'expression d'un vœu bien désintéressé : la publication d'un programme ressemble à une promesse. Après avoir lu celui de M. Dubois, on voudrait posséder son cours. Les maîtres eux-mêmes y trouveraient certainement quelque profit.

C. ACCARIAS.

Un concours pour l'agrégation des Facultés de droit, ouvert le 15 mars dernier, s'est terminé le 28 mai.

Ont été admis dans l'ordre suivant :

MM. Audibert,	docteur de la	Faculté de	Lyon.
Larnaude,	—	—	Paris.
Bonnet,	—	—	Poitiers.
Hanoteau,	—	—	Paris.
Petit,	—	—	Poitiers.
Faure,	—	—	Bordeaux.
Pierron,	—	—	Poitiers.
Bailly,	—	—	Dijon.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

REVUE DE LA JURISPRUDENCE EN MATIÈRE D'ENREGISTREMENT,

Par M. Ch. Testoud,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Grenoble.

I

Droit de condamnation de sommes ou valeurs mobilières (Cass. civ., 2 janvier 1878; *Journ. du Pal.*, 1878, p. 295).

L'artcle 69, § 2, n° 9, de la loi du 22 frimaire an VII soumet à un droit proportionnel de 50 c. par 100 fr. « les expéditions des jugements contradictoires ou par défaut des juges de paix, des tribunaux civils, de commerce et d'arbitrage, de la police ordinaire, de la police correctionnelle et des tribunaux criminels portant condamnation, collocation et liquidation de sommes et valeurs mobilières, intérêts et dépens, entre particuliers, etc. » Cette disposition s'applique sans difficulté aux jugements de condamnation portant sur des sommes d'argent. Elle frappe également ceux ayant pour objet des choses de genre autres que de l'argent, par exemple, des denrées ou des marchandises. Tout le monde reconnaît que dans ces deux hypothèses la perception du droit proportionnel était recommandée par les principes généraux de la législation fiscale. Il y a en effet un mouvement de valeurs, une transmission en propriété de valeurs mobilières.

Mais voici un cas particulier, dans lequel il a semblé douteux que le droit proportionnel de condamnation puisse être exigé : c'est le cas d'une condamnation de valeurs mobilières, mais de valeurs mobilières très-exactement déterminées dans leur individualité et sur lesquelles le bénéficiaire du jugement avait déjà un droit de propriété ou de jouissance. Le droit de jouissance ou de propriété avait été à tort contesté; le détenteur des valeurs mobilières les retenait abusivement; un jugement de condamnation a dû intervenir. L'espèce s'est produite, devant la Cour de cassation, dans des circonstances fort simples : Un créancier gagiste con-

Digitized by Google

cluait contre le débiteur constituant du gage à la restitution de titres donnés en nantissement, titres que le créancier avait confiés temporairement au débiteur, pour le payement des coupons. Sur le jugement de condamnation, y avait-il lieu de percevoir le droit de 50 c. p. 100?

On peut formuler la question en théorie de la manière suivante : Le droit proportionnel de condamnation concerne-t-il les condamnations de corps certains mobiliers, ainsi que les condamnations de sommes d'argent et de valeurs mobilières *in genere?*

L'arrêt du 2 janvier 1878 a tranché la question dans le sens de l'affirmative. Notre droit est dû toutes les fois qu'il y a condamnation, et condamnation portant sur des valeurs mobilières. Peu importent les circonstances à la suite desquelles la condamnation se produit. La portée pratique de cette décision n'échappera à personne; elle nous paraît féconde en conséquences.

C'est ainsi qu'il faudra désormais déclarer passible du droit proportionnel, le jugement condamnant le vendeur d'un corps certain, mobilier, à en faire livraison à l'acheteur. Même perception sur le jugement qui ordonnera à un commodataire de restituer le corps certain qui lui a été prêté. Il est en effet impossible de s'arrêter dans la voie où la Cour de cassation s'est engagée.

La doctrine de notre arrêt a soulevé d'assez vives protestations au sein même de la Cour suprême, et les arrêtistes en général la désapprouvent.

On ne saurait méconnaître en effet qu'elle choque au premier abord les idées ordinairement acceptées en matière de droits proportionnels. Un droit proportionnel, a-t-on coutume de dire, s'explique par une transmission, une obligation ou une libération. Pour que ce droit soit légitimement exigible, il faut un mouvement de valeurs. C'est ce qui n'a pas lieu dans la présente espèce. Le bénéficiaire du jugement est propriétaire après la condamnation obtenue, comme auparavant. C'est la pensée qu'exprimait Duchâtel, dans son rapport au Conseil des Cinq Cents, dont la séance du 6 fructidor an VI. « La commission disait-il, s'est attachée à ce principe que tout ce qui n'oblige, ne libère, ni ne transmet ne peut donner lieu au droit proportionnel. » Et plus loin,

Digitized by Google

le rapporteur ajoute, toujours à propos du droit proportionnel. « Tout acte qui contient obligation, libération ou transmission de biens meubles et immeubles y est assujetti. »

Il est vrai que la loi cite les condamnations, d'une façon générale, comme devant subir l'application de notre droit, sans distinguer leurs effets. Mais on peut répondre que l'esprit de la loi, tel que nous le fait connaître le rapport de Duchâtel, est de ne rendre passibles du droit proportionnel que les condamnations qui ont le caractère et les effets des obligations et transmissions auxquelles elles sont assimilées. Il faut que les condamnations entraînent un déplacement dans la propriété ou la jouissance des sommes ou valeurs, Or tel n'est pas la nature de la condamnation à restituer des objets en nature injustement détenus.

A cette argumentation que nous pensons avoir reproduite sans l'affaiblir, il n'est pas impossible de répondre, et nous croyons, pour nous, que la thèse de la jurisprudence est plus conforme que l'on ne croit aux principes généraux du droit fiscal.

D'abord, le texte de la loi est bien formel : il fournit aux rédacteurs de l'arrêt du 2 janvier une raison difficile à réfuter. Le n° 9 du § 2 de l'article 69 parle de condamnation à des sommes ou valeurs mobilières. Valeurs mobilières, cette expression comprend tous les cas : et peu importe qu'avant le jugement, le gagnant ait eu sur les meubles en question un droit de propriété ou de jouissance. En toute hypothèse, il y aura eu condamnation, et condamnation portant sur des valeurs mobilières. Que résulte-t-il de là? C'est que (et le tribunal de Saint-Quentin a soin de le faire remarquer dans son jugement du 17 février 1875), pour savoir si le droit de 50 c. par 100 fr. est exigible, il n'y a que deux points à vérifier : 1° Y a-t-il eu condamnation? 2° S'il y a eu condamnation, cette condamnation a-t-elle eu pour objet des valeurs mobilières?

Le rapport de Duchâtel que nous citions plus haut serait-il décisif en sens contraire? Nous ne pouvons le croire. D'abord, un fragment d'un rapport ou d'un exposé des motifs n'est pas la loi et ne saurait prévaloir sur son texte. Ensuite, l'histoire de la rédaction de notre article détruit complétement

Digitized by Google

l'objection. Quand le rapport de Duchâtel eut été publié, la régie comprit le danger des formules citées plus haut et elle voulut les rectifier : elle fit remarquer que les jugements de condamnation, quoique passibles du droit proportionnel, pouvaient ne renfermer ni obligations, ni libérations, ni transmissions de sommes ou valeurs. « Le jugement de condamnation, dit-on, n'est qu'un moyen coercitif d'exécuter l'obligation. » La régie déclara même, dans ses observations, qu'elle aurait consenti à l'abandon du droit proportionnel assis sur les condamnations, pour maintenir dans toute sa pureté le principe d'après lequel cette espèce de droit ne doit atteindre que les actes contenant des mouvements de valeurs. La loi ne s'est pas associée à cette manière de voir. On a conservé le droit sur les condamnations. Qu'est-ce que cela prouve ? Cela prouve qu'un droit proportionnel peut être exigible, en dehors de tout mouvement de valeurs.

Croit-on d'ailleurs qu'ils soit impossible de justifier rationnellement l'établissement du droit sur la condamnation ? Le jugement est un moyen coercitif d'exécuter l'obligation. Il n'y a pas de transmission, c'est vrai ; mais l'État intervient par la force publique pour sanctionner l'accomplissement d'une transmission précédemment accomplie, de même qu'en cas de condamnation de sommes d'argent il interpose son autoriié pour assurer l'exécution d'une obligation précédemment formée. Il est donc juste que l'État ne reçoive pas en ce cas un simple droit fixe, salaire de la formalité de l'enregistrement : il lui est dû un impôt proportionné à l'importance de la condamnation.

II

Inventaire. — Reconnaissance de don manuel (Cass. civ., 10 décembre 1877 ; *Journ. du Pal.*, 1878, p. 173).

La Cour de cassation vient de rendre un arrêt qui a soulevé une assez grande émotion dans le monde du notariat et qui n'est cependant que l'application très-exacte de deux textes de nos lois fiscales.

Aux termes de l'article 6 de la loi du 18 mai 1850, « les « actes renfermant soit la déclaration pour le donataire e « ses représentants, soit la reconnaissance judiciaire d'un « don manuel, sont sujets aux droits des donations. » Le

Digitized by Google

rapport présenté à l'Assemblée législative expose que cette disposition nouvelle a pour but de soumettre les dons manuels aux mêmes droits que les donations ordinaires. Il rappelle que les praticiens avaient pris l'habitude, notamment en matière de contrat de mariage, de declarer que les dots constitués aux futurs provenaient de dons manuels. Le droit de donation se trouvait ainsi écarté. « C'est cette fraude, déclare le rapporteur, qu'il s'agit de faire cesser, en soumettant désormais au droit *tous les actes* portant soit la déclaration, soit la reconnaissance judiciaire d'un don manuel. » Retenons de ce qui précède qu'il n'y a pas d'acte excepté de la disposition de la loi. Ainsi donc, toutes les fois que dans un acte authentique ou dans un acte sous seing privé nous rencontrerons une déclaration ou une reconnaissance de donation, il faudra se soumettre à la perception.

L'article 29 de la loi du 22 frimaire an VII dispose dans son premier paragraphe que les droits des actes à enregistrer seront acquittés par les notaires, pour les actes passés devant eux. Le débiteur direct du trésor, celui contre lequel les poursuites peuvent et doivent être dirigées est donc le notaire. Le trésor ne connaît pas les parties; celles-ci sont couvertes par l'officier ministériel, intermédiaire responsable entre elles et le trésor.

Ces principes étant connus, il est facile de se rendre compte de la solution adoptée par la Cour de cassation : un notaire recevant un inventaire y constate une reconnaissance de don manuel, faite par une des parties. Sera-t-il, à l'égard du trésor, responsable du droit de don manuel dont est passible la déclaration par lui mentionnée?

La Cour de cassation vient de consacrer l'affirmative dans son arrêt du 10 décembre 1877, et vraiment il nous semble qu'il lui eût été difficile d'adopter une autre conclusion.

Peut-on nier que l'inventaire soit un acte notarié?

Évidemment non : et par conséquent le notaire est débiteur personnel envers le trésor de tous les droits afférents aux dispositions qu'il renferme.

Si donc l'inventaire contient une déclaration ou reconnaissance de don manuel, il faut appliquer au notaire la disposition de la loi de 1850. Il est impossible d'échapper à la combinaison de nos deux textes.

Digitized by Google

En vain objecterait-on que le rapporteur de la loi s'est surtout préoccupé, sur l'article 6 de la loi de 1850, des déclarations de dons manuels insérées dans des contrats de mariage. Nous répondrions que quelques phrases plus loin il soumet à son principe « tous les actes » et qu'il ne cite les contrats de mariage qu'à titre d'exemple.

Cependant, ainsi que nous l'annoncions au début, cette jurisprudence paraît rencontrer des résistances. Il faudra en effet que le notaire fasse consigner par les parties les droits afférents aux déclarations de dons manuels, avant de les relater dans son inventaire; et, à défaut de consignation de la somme nécessaire, s'il ne veut pas faire une avance dont le recouvrement est parfois difficile, il devra refuser son ministère et s'abstenir. Et alors double inconvénient : tantôt la confection de l'inventaire, qui est toujours un acte urgent, sera retardée; tantôt l'inventaire se fera, mais il ne contiendra pas les constatations utiles à la découverte de la vérité. Ces inconvénients n'étaient pas suffisants pour empêcher l'application de la loi; mais on conçoit qu'ils aient porté un certain nombre de praticiens à contester le bien-fondé de la solution admise.

Aux textes cités plus haut, on a opposé un arrêté du Directoire du 22 ventôse an VII qui reconnaît que les notaires peuvent mentionner, dans les inventaires, sans les faire enregistrer, les actes sous seing privé trouvés, dans les papiers à inventorier. A bien plus forte raison, a-t-on dit, doit-il en être de même des déclarations faites par les parties présentes à l'inventaire.

Au surplus, peut-on ajouter, il n'y aura qu'à constater, en un acte particulier, la déclaration ou reconnaissance de don manuel. Le notaire se trouve alors sous l'empire de l'arrêté de l'an VII : il décrira, dans l'inventaire, la déclaration écrite par lui découverte, et à raison de cette description il n'encourra aucune responsabilité à l'égard du trésor.

On peut facilement répondre qu'en admettant que l'arrêté de l'an VII soit encore applicable dans les cas ordinaires, il ne l'est pas en matière de dons manuels. Le texte de la loi de 1850 est trop précis pour que l'on puisse s'y soustraire. Et, quant à la substitution d'une déclaration écrite, dans un acte particulier dont le notaire ferait la description à la

Digitized by Google

déclaration verbale, nous ne voyons pas en quoi elle déchargerait l'officier ministériel de son obligation envers le trésor. L'article 6 est en effet applicable à toute déclaration de don manuel, relatée dans un acte notarié, que cette déclaration ait été faite à l'origine verbalement ou par écrit, et quelle que soit la manière dont le notaire en ait réuni les éléments.

CH. TESTOUD.

DE LA PERTE DES LETTRES DE CHANGE.

(Art. 150 à 155 C. com.).

Par M. P. V. BEAUREGARD, agrégé à la Faculté de droit de Douai.

La perte des lettres de change est un fait assez fréquent pour que toutes les lois sur le change, anciennes ou modernes, contiennent plusieurs articles consacrés à la solution des difficultés qui en résultent[1]. Nous pensons donc que le lecteur ne nous saura pas mauvais gré des observations que nous voulons lui soumettre au sujet des dispositions de notre Code de commerce qui regissent cette matière (C. com., art. 150 à 155).

La perte d'une lettre de change, en effet, crée une situation particulièrement délicate et difficile à bien réglementer. D'un coté, le porteur qui a perdu son titre demande à être restitué contre cet accident, et il est juste que la loi le protége; mais, d'autre part, des fraudes sont possibles contre lesquelles il faut se mettre en garde : celui qui réclame n'a peut-être pas réellement perdu son titre, il l'a peut-être endossé à un tiers qu'il cherche maintenant à dépouiller, et l'aurait-il perdu, un porteur de bonne foi peut se présenter dont il faut réserver les droits[2].

[1] Voir par exemple : pour l'ancien droit, l'ordonnance de 1673, titre V, art. 19; — de nos jours, loi allemande sur le change de 1848, § LXXIII; — loi belge de 1872, art. 40 à 45; — loi hongroise de 1876, art. 77 à 80 (*Annuaires de législation étrangère*, années 1873, p. 397, et 1877, p. 385).

[2] On peut supposer, par exemple, que la lettre perdue se trouvant révêtue d'un endossement en blanc, signé du porteur, soit trouvée par une personne de mauvaise foi qui remplisse le vide par un endossement à son nom, puis endosse le titre à un tiers de bonne foi. Ce dernier pourrait évidemment opposer au perdant le principe de l'article 2279 du Code civil.

Digitized by Google

Cette difficulté avait été déjà signalée par le commerce en 1673, et l'on avait cherché, à la réglementer dans le titre V (art. 21) de l'ordonnance sur le commerce de terre, rendue à cette époque; mais le système que l'on adopta était très-incomplet. En 1807, les rédacteurs du Code du commerce voulaient élargir la disposition du Code Savary et arriver à un ensemble plus complet de solutions pour les diverses espèces qui peuvent se présenter.

Ont-il atteint leut but et construit un système parfait? Ils en seraient bien loin si nous consultons les auteurs; presque tous sont d'accord pour attaquer vivement les dispositions de la loi.

Nous ne croyons pas non plus que tout soit à louer dans notre législation sur la perte des lettres de change ; mais si elle appelle certaines critiques, celles qu'on lui adresse nous semblent imméritées. Nous désirons, dans cet article, combattre une appréciation qui repose, selon nous, sur une erreur, puis montrer en quoi pèche réellement le système de la loi, et comment on pourrait le corriger.

Le Code de commerce se place successivement à deux points de vue : il prend soin d'abord de déterminer les conditions auxquelles celui qui a perdu la lettre de change pourra en obtenir le payement (art. 150 à 153 et 155); il fournit ensuite à cette personne le moyen d'obtenir un duplicata du titre égaré, pour lui permettre de jouir, avant l'échéance, de la faculté d'endossement. Nous suivrons l'ordre de la loi.

I

Il faut, avant tout, bien connaître le système assez compliqué de la loi; le voici :

Les rédacteurs du Code de commerce commencent par distinguer deux hypothèses : ou bien la lettre a été tirée à plusieurs exemplaires, ou bien il n'a été créé qu'un seul original. La première hypothèse est prévue dans les articles 150 et 151, la deuxième dans l'article 152.

I. Quand la lettre a été tirée à plusieurs exemplaires, une sous-distinction est nécessaire.

Si, en effet, l'exemplaire perdu n'était pas revêtu de l'acceptation du tiré, le porteur peut, malgré la perte, « poursuivre

Digitized by Google

le payement sur une seconde, troisième, quatrième, etc... » sans qu'on exige de lui aucune garantie (art. 150).

Si, au contraire, l'exemplaire égaré avait été accepté, « le payement ne peut en être exigé sur une seconde, troisième, quatrième, etc... que par ordonnance du juge et en donnant caution » (art. 151).— Ici, comme on le voit, celui qui a perdu le titre ne pourra en réclamer le montant qu'en fournissant des garanties, et à la condition d'obtenir une ordonnance que le juge pourra lui refuser s'il ne justifie pas suffisamment de ses droits.

II. Supposons maintenant que la lettre ait été tirée à un seul exemplaire : aucune sous-distinction n'est plus nécessaire. — En tout cas, en effet, que la lettre perdue soit ou non revêtue de l'acceptation, celui qui l'a perdue ne peut en exiger le payement que par ordonnance du juge et en donnant caution (art. 152).

Tel est le système de la loi : ajoutons, pour le compléter, qu'aux termes de l'article 155, la caution exigée dans la plupart des cas prévus sera tenue pendant trois ans seulement, s'il n'y a eu pendant ce temps ni demandes ni poursuites juridiques.

Il s'agit maintenant d'expliquer ces diverses solutions et d'en appprécier l'économie : c'est là que la difficulté commence, que les critiques s'élèvent, et que l'erreur se produit selon nous.

Il faut, avant tout, se fixer sur le rôle de la caution exigée par les articles 151 et 152. Pourquoi s'engage-t-elle, et quelle action doit-elle garantir ?

Pothier[1], commentant l'article 21 de l'ordonnance de 1673, examinait la question et y répondait de la façon suivante : « La garantie de payement pour laquelle le porteur doit donner caution consiste en ce que, s'il se trouvait sur le premier exemplaire un endossement que le porteur de la lettre eût passé à une autre personne, et qu'après que celui sur qui elle est tirée aurait payé la lettre au porteur sur le second exemplaire, cette personne vînt présenter le premier exemplaire, et demander le payement de la lettre

[1] Pothier, *Contrat de change*, n° 121 (éd. Bugnet, p. 521).

Digitized by Google

dont il se trouve le vrai propriétaire par l'endossement qui s'y trouve, le porteur qui, sur le deuxième exemplaire, en a été payé, doit défendre et acquitter de cette demande celui sur qui la lettre est tirée, et qui lui en a fait le payement. »

Ainsi, selon Pothier, le payement fait sur l'ordonnance du juge et en exigeant caution ne libère pas le tiré. Si un tiers vient à se présenter, légitimement nanti de la lettre de change, ce tiers aura conservé tous ses droits; le tiré obligé de payer une seconde fois pourra exercer un recours contre celui qui prétendait avoir perdu la lettre; la caution garantira l'efficacité de ce recours.

Cette explication a été acceptée par les auteurs, et c'est en partant de là qu'ils commentent les décisions du Code et arrivent à les critiquer.

Reprenons en effet les articles 150 à 152 en nous plaçant à ce point de vue. L'article 150 se comprend fort bien : il suppose que la lettre ayant été tirée à plusieurs exemplaires n'avait pas été acceptée; il permet à celui qui a perdu un exemplaire de se faire payer sur ceux qui restent, sans l'astreindre à donner caution. Rien de plus naturel, dit-on, car le tiré sera libéré par le payement, aux termes de l'article 147; il n'aura dès lors aucun recours à exercer; une caution serait inutile. Quant à celui qui se présenterait plus tard muni de l'exemplaire perdu, il pourrait recourir contre l'auteur de la fraude qui se serait fait payer indûment, mais, s'il le trouvait insolvable, il devrait imputer à son imprudence la perte qu'il éprouverait.

Il devait se faire remettre tous les exemplaires de la lettre. L'article 151 ne s'explique pas moins bien dans ce système ; il n'autorise le perdant à exiger le payement que par l'ordonnance du juge et en donnant caution. C'est qu'en effet, il suppose que l'exemplaire que l'on prétend perdu est revêtu de l'acceptation du tiré; si donc un tiers se présentait plus tard, légalement saisi de la lettre de change, le tiré devrait payer une seconde fois : la caution garantira son recours contre celui qui l'a donnée.

Mais si nous arrivons à la disposition de l'article 152, il est très-difficile de s'en rendre compte. Ce texte oblige le propriétaire de la lettre égarée à demander l'ordonnance du

Digitized by Google

juge et à fournir caution, que la lettre soit ou non acceptée, et cela parce que cette lettre a été tirée à un seul exemplaire. Or qu'importe ce fait, et en quoi change-t-il la situation du tiré vis-à-vis d'un tiers porteur valablement nanti de la lettre perdue? Ne sera-t-il pas toujours en droit de refuser de payer quandil n'aura pas accepté la lettre de change? Aussi les auteurs blâment-ils cette disposition du Code : le tiré, disent-ils, quand il n'a pas accepté, n'est pas obligé au payement, il n'a rien à craindre et la caution est inutile. — Cette remarque, faite pour la première fois par M. Bravard-Veyrières[1] et approuvée par M. Demangeat[2], a été reproduite dans un ouvrage récent dont l'auteur n'hésite pas à dire : « Il faudra se conformer à la loi; mais la caution ne s'engageant qu'à indemniser le tiré, sera d'avance à l'abri de toute poursuite, puisque le tiré ne peut jamais subir de dommage...[3].

Ce n'est pas tout : l'article 155 suscite, en se plaçant toujours au point de vue des auteurs, une nouvelle critique, aussi grave que la précédente.

D'après ce texte, en effet, la caution donnée par celui qui prétend avoir égaré la lettre sera libérée au bout de trois ans; or le tiré ne pourrait opposer la prescription au tiers qui se présenterait muni de l'exemplaire accepté que cinq ans après l'échéance (art. 189). Il pourra donc se faire que le tiré soit obligé de payer une seconde fois à une époque où la caution ne sera plus obligée, et se trouve réduit à un recours pur et simple contre le prétendu perdant devenu peut-être insolvable. N'y a-t-il pas là quelque chose d'illogique et de contradictoire?

Nous n'admettons pas, quant à nous, que ces critiques soient fondées, et nous pensons qu'on peut rendre un compte satisfaisant soit de l'article 152, soit de l'article 155, soit même de l'article 154 qui, nos adversaires ne l'ont pas remarqué, est en contradiction avec leur système tout aussi bien que les deux autres.

Nous croyons, en effet, que nos adversaires partent d'un

[1] M. Bravard-Veyrières, *Droit commercial*, publié par M. Demangeat, p. 383.

[2] M. Demangeat, *id.*, à la note.

[3] M. Boistel, *Précis*, p. 538.

Digitized by Google

point de vue inexact quand ils regardent, avec Pothier, la caution exigée par la loi comme une garantie destinée à assurer le recours du tiré contre celui qui, prétendant faussement avoir perdu la lettre, s'en serait fait indûment payer le montant. Tout autre est, selon nous, le rôle de cette caution. A notre avis, le tiré, quand il paye dans les conditions indiquées par la loi celui qui prétend avoir perdu le titre, se libère vis-à-vis de tout tiers porteur qui pourrait survenir; il n'a, dès lors, besoin d'aucune garantie, puisqu'il ne court aucun danger : mais si, plus tard, un porteur se présente, légitimement saisi de la lettre de change, ce porteur, repoussé comme nous venons le dire par le tiré, aura sûrement une action en recours contre celui qui s'est fait payer indûment. C'est pour assurer l'efficacité de ce recours que la loi réclame l'engagement d'une caution.

Tel est, selon nous, le vrai système du Code, telle est l'idée dont il faut partir pour analyser sainement ses dispositions[1]. Nous allons essayer de le démontrer.

[1] Cette théorie, qui paraîtra peut-être hardie au premier abord, a déjà été enseignée par M. Nouguier (t. I, n° 575). Malheureusement l'auteur se contente de la présenter sans lui donner aucun développement : « Le tiré, dit-il, obéissant à justice lorsqu'il vide ses mains, ne peut plus être recherché, et le véritable créancier n'aurait de recours que contre celui qui a indûment postulé et reçu le remboursement d'une traite appartenant à autrui. La caution a pour but de garantir la responsabilité qui pèse sur celui qui reçoit ce payement sans restituer le titre de créance. »

Passant ensuite à l'examen d'une autre difficulté, M. Nouguier ajoute : « Le juge ne peut dispenser le porteur de fournir la caution qui est réclamée; mais il n'est pas tenu d'ordonner d'office que cette caution sera fournie. *Cette garantie est toute dans l'intérêt de celui qui paye*, elle n'affecte aucun principe d'ordre public. »

Ces derniers mots ont valu à l'auteur une critique sévère de M. Demangeat (sur Bravard, t. III, p. 383, note 1), qui lui a reproché d'être « tombé dans une contradiction évidente ». Après avoir combattu, à l'aide d'arguments que nous tâcherons de refuter tout à l'heure, le premier principe posé par M. Nouguier, le savant auteur écrit : « Il est probable que ce résultat « a choqué instinctivement M. Nouguier lui-même : car immédiatement « après l'avoir indiqué, il l'abandonne de la manière la plus complète : « Cette « garantie, dit-il, en parlant de la caution exigée par le tiré, est toute dans « l'intérêt de celui qui paye. » On voit dans quelles bizarres contradictions « peut tomber l'interprète, quand il n'apporte pas une critique suffisam- « ment attentive à l'appréciation des textes législatifs. »

Il nous semble que la critique de M. Demangeat tombe à faux et que la contradiction qu'il signale n'existe pas. Que dit en effet M. Nouguier? D'une

Digitized by Google

Avant tout, nous voulons comparer les résultats des deux théories en présence. Cet examen nous fournira l'occasion, tout à la fois, de mettre en lumière l'intérêt très-sérieux de la question que nous soulevons, et d'apprécier les deux doctrines au point de vue de la législation.

Or, si nos adversaires avaient raison, il nous semble que le législateur aurait construit un système bien imparfait : car il lèserait de la façon la plus injuste les intérêts du tiré et lui créerait des obligations qu'on n'a pas le droit de lui imposer.

De quoi s'agit-il en effet ? On n'entend pas laisser le tiré libre d'opérer le payement ou de le refuser, sauf à lui permettre de prendre ses précautions s'il consent à s'exécuter ; on organise un système grâce auquel celui qui prétend avoir perdu l'effet pourra se présenter et agir comme un porteur ordinaire. La situation sera donc très-grave pour le tiré. A-t-il accepté la lettre de change : il sera contraint d'en payer le montant, puisque le perdant, restitué en quelque sorte par l'ordonnance du juge pourra lui dire : « Vous êtes personnellement obligé envers moi. » Et alors même qu'il n'aurait pas accepté l'exemplaire perdu, la situation serait la même s'il avait reçu provision, car on admet aujourd'hui que le porteur est propriétaire de la provision.

Presque toujours, par conséquent, celui qui prétend avoir perdu la lettre de change se présentera, muni de l'ordonnance du juge, offrant de donner caution et menaçant de poursuivre le tiré s'il refuse de payer. Eh bien ! dans ces conditions, peut-on admettre que le législateur ait voulu contraindre le tiré à courir les chances de l'insolvabilité de la caution qu'on va lui fournir? Cela serait profondément

part, que la caution exigée par le tiré comme condition du payement qu'il va faire garantira le recours du porteur légitime s'il vient à s'en présenter un ; d'autre part, que le juge ne doit ordonner au perdant de fournir cette caution que si le tiré le demande parce que c'est dans son intérêt qu'elle sera fournie. Or ces deux assertions sont également exactes et faciles à concilier. Le tiré, en effet, est bien évidemment intéressé à ce que la caution soit fournie, car ce n'est qu'autant qu'elle l'aura été que son payement sera libératoire. Quant au porteur légitime qui peut exister, peu lui importe et le juge n'a point besoin de surveiller ses intérêts, car, la caution n'étant pas fournie, il conservera tous ses droits contre le tiré imprudent.

M. Pardessus enseigne aussi notre théorie.

Digitized by Google

injuste. Dès qu'on *oblige* une personne à faire un payement, il faut que ce payement soit libératoire : on n'a pas le droit de contraindre un débiteur à faire un payement qui doit le laisser éventuellement obligé !

Mais là ne s'arrêtent pas les conséquences injustes du système que nous combattons. Supposons que le tiré, ayant accepté la lettre de change, soit obligé de payer, sans avoir reçu provision, celui qui prétend l'avoir perdue : il veut recourir contre le tireur et lui demander indemnité pour le payement qu'il vient d'effectuer. Le peut-il? Nos adversaires ne s'occupent pas de la question, il nous faut donc répondre pour eux : or, nous ne voyons pas, dans leur théorie, comment ce recours serait possible.

Le tireur, en effet, répondra qu'il n'a pas donné au tiré mandat de faire un payement dans les conditions que nous supposons, un payement non libératoire, et refusera de rembourser le tiré tant que celui-ci ne lui procurera pas sa libération vis-à-vis de tout porteur qui pourrait se présenter. Et c'est en vain que le tiré prétendrait que l'obligation où il s'est trouvé de payer le perdant était une conséquence du mandat qu'il avait reçu; la vérité est que ce payement lui était imposé par la loi, en dehors de toute règle et contrairement aux prévisions du tireur. Il suit de là que, non-seulement nos adversaires laissent le tiré qui obéit à l'ordonnance du juge exposé à une nouvelle action de la part d'un porteur légitime de l'exemplaire perdu, mais que de plus le tiré ne pourra se faire rembourser par le tireur que cinq ans après l'échéance de la lettre de change (art. 189 C. com.).

Il y a plus encore : supposons que le tiré paye le prétendu perdant, et que plus tard, celui-ci étant devenu insolvable, la caution l'étant également ou se trouvant libérée de son engagement par l'expiration du délai de trois ans fixé dans l'article 155, un porteur se présente muni de l'exemplaire accepté dont il prouve qu'il est légitimement investi. Le tiré paye une seconde fois. Peut-il réclamer au tireur le montant de ses deux déboursés? En aucune façon, car celui-ci le repoussera par un raisonnement analogue au précédent : Le tireur n'a signé qu'une lettre de change, donc, vis-à-vis de lui, une seule a pu être valablement payée. La situation du tiré est dure sans doute, mais elle lui est faite

Digitized by Google

par la loi ; il ne peut en rejeter les conséquences sur un autre.

Ainsi, vis-à-vis du tiré, le système des auteurs aboutit à l'un de ces deux résultats, également contraires aux principes du mandat : ou bien il oblige le tiré à attendre pendant cinq ans le remboursement de ses avances ; ou bien il le contraint à faire un nouveau payement dont il ne sera pas indemnisé.

Ce sacrifice des intérêts du tiré, si injuste en lui-même, profitera-il du moins au perdant, et arrivera-t-on ainsi à le mieux restituer contre la perte de la lettre de change ? Tout au contraire.

On comprend en effet que le tiré, en présence des risques auxquels l'expose un payement fait à celui qui dit avoir perdu le titre, cherchera par tous les moyens à éviter de payer entre ses mains.

Si la lettre de change perdue n'était pas revêtue de son acceptation, il sera impossible au perdant de faire accepter le duplicata qu'il a pu obtenir (art. 154 C. com.). Nous avons en effet montré que le tiré, payant sur le duplicata, ne pouvait réclamer indemnité du tireur qu'après un délai de cinq ans. Il aura donc soin de se réserver, en n'acceptant pas, le droit de refuser le payement.

Si la lettre perdue a été acceptée, il sera évidemment tenté de la contester, et il est à craindre qu'il ne se refuse à revêtir le duplicata ou l'exemplaire resté aux mains du perdant d'une nouvelle acceptation. La preuve de l'acceptation de l'exemplaire perdu sera en effet difficile à fournir, et le tiré peut espérer, s'il n'est pas honnête, qu'elle ne pourra être faite. M. Bravard (t. III, p, 376) a cru obvier à cet inconvénient en permettant au perdant d'exiger que le tiré « inscrive son acceptation sur le nouvel exemplaire, sauf à lui fournir immédiatement caution ». Mais outre qu'un pareil système étend, contrairement aux termes de la loi, des dispositions rigoureuses pour le tiré, il ne change rien à la difficulté, le tiré pouvant toujours nier avec les mêmes chances de succès le fait de l'acceptation de la lettre perdue. Sa bonne volonté seule peut terminer un pareil débat, et la situation qu'on lui fait n'est guère propre à la stimuler.

Mais c'est surtout si l'on suppose que le tiré refuse le paye-

Digitized by Google

ment et n'y puisse être contraint, que le système de nos adversaires paraît défectueux. Quels seront, en effet, dans ce cas, les droits du perdant? Un porteur ordinaire aurait, sans aucun doute, la faculté de recourir contre les endosseurs et le tireur : notre perdant pourra-t-il user de ce droit? C'est là encore une question que les auteurs laissent dans l'ombre, mais dont la solution nous paraît évidente. Il est certain que, dans leur doctrine, le perdant ne peut point reeourir contre ceux dont nous parlons. Que leur demanderait-il en effet? Un payement qui ne doit pas les libérer, c'est-à-dire quelque chose d'absolument exceptionnel et contraire aux principes. Ils répondraient que nul texte ne leur impose une pareille obligation, que les exceptions ne sauraient s'étendre par voie d'analogie, et il faut reconnaître qu'ils auraient raison.

Voilà donc le perdant aussi malheureusement traité que le tiré : en dépit de l'ordonnance du juge qu'il a obtenue, en dépit de la caution qu'il offre, il est presque certain qu'il ne sera pas payé. Le législateur manque entièrement son but.

Un pareil système se condamne évidemment par ses conséquences mêmes. Nous savons bien que nos adversaires s'écrieront que tout cela est absurde, que le législateur n'a pu construire un système semblable; mais c'est précisément ce que nous pensons. Les résultats que nous venons de présenter sont la conséquence fatale, inévitable, du système que nous combattons, ces résultats ne sont pas acceptables, la théorie qui les engendre doit elle-même être inexacte.

Que si, au contraire, on accepte notre point de départ, toutes ces impossibilités disparaissent. Le tiré n'est plus sacrifié : que lui importe, en effet, de payer entre les mains du perdant ou entre celles d'un porteur muni du titre, dès qu'il fait un payement libératoire ? Ce payement étant libératoire, il pourra sans difficulté recourir immédiatement contre son mandant le tireur. Il n'a pas enfin à craindre de faire deux payements puisque le premier doit annuler vis-à-vis de lui l'exemplaire égaré.

Aussi la situation du perdant sera-t-elle beaucoup plus satisfaisante. Il sera sûr que le tiré le payera dans tous les cas où il eût payé le porteur de l'original égaré. Il obtiendra l'acceptation du duplicata aussi bien qu'il aurait obtenu l'ac-

Digitized by Google

ceptation de la lettre elle-même[1]. Enfin le tiré, sûr de faire un payement libératoire, ne sera pas tenté de contester l'acceptation de l'exemplaire égaré quand elle aura eu lieu en réalité.

On nous répondra, sans doute, que si notre système protége mieux, et le tiré, et celui qui prétend avoir perdu la lettre de change, il sacrifie les intérêts du porteur qui peut un jour se présenter, légitimement saisi de cette lettre de change. C'est en effet sur ce dernier que retomberont, dans notre théorie, les conséquences de l'insolvabilité, soit de l'auteur de la fraude, soit de la caution fournie : or, dira-t-on, pourquoi sacrifier ce porteur plutôt que le tiré? Mais une simple observation répondrait à cette objection. Le porteur légitime ne se trouvera sacrifié qu'autant qu'il se montrera négligent. Qu'il se présente, en effet, sinon le jour même de l'échéance, au moins quelque temps après, n'est-il pas évident qu'il trouvera la caution encore solvable? Si, au contraire, il ne réclame son payement que lorsqu'elle a déjà eu le temps de se ruiner, c'est à lui-même qu'il doit s'en prendre, et il vaut mieux que les conséquences de son retard retombent sur lui que sur le tiré, qui n'est coupable d'aucune négligence.

Notre doctrine paraît donc la seule acceptable au point de vue de la législation, puisque seule elle permet au législateur d'atteindre son but sans trop froisser les intérêts légitimes. Ajoutons que la théorie de nos adversaires est en contradiction avec l'esprit général de nos lois sur le change. Le contrat de change repose entièrement sur la confiance que les parties s'inspirent réciproquement : de même que le porteur d'une lettre de change doit être aussi sûr que possible d'en toucher le montant sans contestation de même le tiré doit être certain, quand il accepte, que son acceptation ne l'engagera pas au delà de ses prévisions. — La libération parfaite du tiré quand il a payé est la contre-partie nécessaire de l'impossibilité où il se trouve d'opposer au porteur la compensation du chef d'un endosseur et les autres moyens de défense du même genre. Si bien, que la théorie de nos adversaires,

[1] Il est évident, en effet, que l'acceptation sera présumée faite, en pareil cas, sous la condition que le porteur obtiendra l'ordonnance du juge et fournira caution à l'échéance.

Digitized by Google

qui menace le tiré accepteur dans sa sécurité, pourrait ébranler l'institution même de la lettre de change, en diminuant la confiance et en rendant plus rare l'acceptation, si utile cependant pour donner au titre une pleine valeur.

Examinons maintenant la question au point de vue des textes. Nous montrerons facilement que notre système seul explique d'une façon logique les solutions présentées par le Code de commerce. Nos adversaires, on l'a vu, sont réduits à blâmer énergiquement les décisions des articles 152 à 155, et nous allons montrer que l'article 154 ne se comprend pas mieux dans leur théorie. C'est qu'en réalité cette théorie n'est point celle des législateurs de 1807, et que là où nos adversaires croient rencontrer des prescriptions illogiques, se trouvent au contraire des solutions excellentes dont notre doctrine rend le compte le plus satisfaisant.

Prenons d'abord l'article 152. Le perdant ne peut présenter un deuxième exemplaire de la lettre égarée : le Code exige alors, pour que le payement soit régulièrement fait, qu'il obtienne l'ordonnance du juge et fournisse caution, sans distinguer si la lettre avait été ou non acceptée par le tiré. Nos adversaires s'étonnent; ils voudraient qu'une distinction fût faite et que la caution ne fût exigée qu'autant que le titre égaré porte l'acceptation du tiré. Pour nous, au contraire, rien n'est plus naturel que cette exigence absolue de la caution dans les deux cas. Dans l'un aussi bien que dans l'autre, en effet, il faut pourvoir aux intérêts du porteur légitime qui peut se présenter : le payement fait par le tiré enlevant toute valeur à son titre, il faut que son recours soit assuré contre l'auteur de la fraude.

La solution de l'article 151 ne nous embarrasse pas davantage. Si le perdant présente un deuxième exemplaire alors que le premier est revêtu de l'acceptation du tiré, il ne peut encore exiger le payement que par ordonnance du juge et en donnant caution : c'est que le porteur a encore besoin d'être protégé, puisque le payement que va faire le tiré lui sera opposable. Sans doute il est en retard, mais son retard s'explique aisément; il a dû compter que lui seul pourrait être payé valablement, car, en principe, aux termes de l'article 148 du Code de commerce, « celui qui paye une lettre

Digitized by Google

de change sur une seconde, troisième, etc... sans retirer celle sur laquelle se trouve son acceptation, n'opère point sa libération à l'égard du tiers porteur de son acceptation ». — Il est vrai que ce principe subit exception lorsque le possesseur du deuxième exemplaire prétend avoir perdu le premier et arrive à tromper le juge; mais il y a là une fraude et le porteur légitime est excusable de ne l'avoir pas prévue.

Mais si nous arrivons à l'article 150, il semble que la solution contenue dans ce texte soit en opposition avec notre doctrine. Nous voyons, en effet, que si l'un des exemplaires d'une lettre non acceptée s'est trouvé perdu, le payement peut être fait sans qu'une caution soit fournie par celui qui le reçoit, sans que le juge soit appelé à rendre une ordonnance. Ne pourrait-on pas nous dire que l'explication que nous venons de donner de l'article 151 rend l'article 150 incompréhensible? Le porteur légitime de l'exemplaire prétendu perdu n'a-t-il pas dans notre espèce, aussi bien que dans la précédente, le plus grand intérêt à voir ses droits sauvegardés? — S'il en était ainsi, notre théorie, d'après laquelle la caution n'est exigée que dans l'intérêt de ce porteur, serait évidemment en défaut.

Cette contradiction n'est qu'apparente, et il est facile de se rendre compte de la disposition de l'article 150. La solution de ce texte s'explique par les mêmes raisons que celle de l'article 147 du Code de commerce, dont elle est la conséquence nécessaire.

Une lettre de change n'est ordinairement créée qu'en un seul original. Quand on la tire à plusieurs exemplaires, c'est que l'on redoute la perte de quelques-uns de ces exemplaires. Le tireur, par exemple, ayant à envoyer une lettre de change dans un pays éloigné, prendra soin d'en créer plusieurs exemplaires qu'il expédiera par des voies différentes, espérant que l'un d'eux, tout au moins, parviendra à destination. C'est cette pratique que le Code de commerce a voulu faciliter quand il a permis, dans l'article 110, de tirer les lettres de change « par première, seconde, troisième, etc. ». Or, ce procédé ne produira l'effet que le tireur en attend qu'à la condition que l'on ne soit pas obligé, pour obtenir le payement, de présenter tous les exemplaires de la lettre de change, car autrement, loin d'éviter les chances de perte,

Digitized by Google

le tireur les aurait multipliées. Il fallait donc bien arriver à la règle absolue de l'article 147 : Quiconque sera légitimement investi de l'un quelconque des exemplaires de la lettre de change, pourra, tant que l'acceptation n'aura pas été obtenue, se faire payer sur cet exemplaire sans avoir à rendre compte des autres. Cette règle posée, la décision de l'article 150 s'en déduisait nécessairement; qu'importe que de deux exemplaires l'un se trouve égaré puisque celui qui reste suffit pour réclamer le payement?

Au contraire, dès que l'un des exemplaires a été revêtu de l'acceptation du tiré, la règle de l'article 150 doit être écartée. Il est désormais sûr que l'un des exemplaires est arrivé à destination et qu'il est entré dans le commerce : l'acceptation dont il a été revêtu le distingue immédiatement des autres et enlève à ceux-ci toute valeur; c'est maintenant sur l'exemplaire accepté et sur celui-là seul que le payement peut être réclamé.

Les articles 148 et 151, d'une part, et les articles 147 et 150, de l'autre, sont rédigés conformément à ces idées; l'article 151 n'est donc pas plus en contradiction avec l'article 150 que l'article 148 n'est contraire à l'article 147.

Des textes que nous venons d'étudier, et avant d'expliquer l'article 155, nous voulons rapprocher une autre disposition de la loi, l'article 154. Les auteurs ont généralement oublié de mettre la décision de ce texte en harmonie avec leur système; or, s'ils l'avaient essayé, ils auraient trouvé de nouvelles raisons pour critiquer la théorie du Code : l'article 154, en effet, n'est pas moins contraire à leur doctrine que l'article 152.

Les rédacteurs du Code de commerce ne se préoccupent pas seulement de donner à celui qui a perdu la lettre de change le moyen de se faire payer, ils veulent aussi, quand le titre n'a été créé qu'en un seul original, lui assurer, à l'aide d'un duplicata, les avantages accordés au porteur ordinaire avant l'échéance, et notamment la faculté d'endosser. Dans ce but, l'article 154 organise une procédure spéciale. Le porteur dépouillé s'adressera à son endosseur immédiat, qui devra le mettre en rapport avec son propre endosseur, et ainsi de suite jusqu'à ce qu'il arrive en présence du tireur. Ce dernier, sûr que la personne qu'on lui envoie a bien acquis la

Digitized by Google

lettre par voie d'endossement, devra, sur sa simple réquisition, lui en fournir un nouvel exemplaire, sur lequel les endosseurs successifs rétabliront toutes les mentions dont le titre égaré se trouvait revêtu.

Nous présenterons bientôt quelques observations sur ce duplicata et sur la façon dont il répond au but de la loi : examinons-le, pour le moment, au seul point de vue du payement, nous trouverons dans cet examen une raison nouvelle d'écarter la doctrine de nos adversaires.

Plaçons-nous, en effet, à l'époque de l'échéance : le porteur du duplicata se présente et demande le payement.

Si la lettre perdue était acceptée, nulle difficulté. Le porteur ne pourra contraindre le tiré au payement qu'en obtenant une ordonnance du juge et en fournissant caution. Nos adversaires expliquent aisément cette exigence : le tiré, restant, d'après eux, tenu vis-à-vis du porteur de l'exemplaire accepté, doit être garanti, dans l'exercice de son recours, par l'engagement d'une caution.

Mais supposons que l'exemplaire unique n'ait pas été accepté. Le porteur du duplicata devra toujours donner caution, car, malgré la création du duplicata, nous sommes toujours en présence d'une lettre tirée en un seul original. Or, en pareille hypothèse, le tiré n'étant pas tenu puisqu'il n'a pas accepté, l'engagement de la caution est parfaitement inutile. — Nos adversaires retrouvent ici la solution qu'ils critiquaient il y a un instant : ils ne peuvent mieux rendre compte de l'article 154 que de l'article 152.

Un auteur, il est vrai, a voulu échapper à cet inconvénient en proposant d'appliquer à notre hypothèse, non pas les principes de l'article 152, mais bien ceux de l'article 150. « Je crois, dit-il, que, dans la pensée du législateur, l'article 150 s'applique aussi au cas où le porteur, ayant perdu quelque temps avant l'échéance l'unique exemplaire qui ait été créé, en a obtenu un second conformément à l'article 154[1]. » Si ce système était exact, le porteur du duplicata ne serait pas obligé de donner caution quand la lettre n'aurait pas été acceptée, de sorte que l'article 151 cesserait d'être en désaccord avec la théorie de nos ad-

[1] M. Demangeat, sur Bravard, t. III, p. 377, n. 1.

Digitized by Google

versaires. Mais il est impossible de se ranger à cet avis. Le fait que le perdant s'est fait délivrer un duplicata ne peut rien changer à ses obligations : il est incontestable que les articles 150 et 152 établissent une différence entre le cas où la lettre non acceptée avait ou n'avait pas été, lors de sa création, tirée à plusieurs exemplaires, il ne peut dépendre de la volonté du perdant de modifier sa situation en demandant un duplicata. Nos adversaires sont donc obligés de reconnaître qu'ici encore une caution doit être fournie dont ils ne sauraient expliquer l'utilité.

Pour nous, au contraire, la solution de l'article 154 est logique, nécessaire même. Que l'exemplaire unique que l'on a perdu porte ou non l'acceptation du tiré, le perdant qui s'est fait délivrer un duplicata doit se munir de l'ordonnance du juge et donner caution, car le tiré opérant, dans l'un et l'autre cas, un payement libératoire, opposable au porteur légitime s'il se présente, il faut assurer l'efficacité du recours de ce porteur.

Notre système, on le voit, rend parfaitement compte des solutions de la loi au sujet de la nécessité de la caution. Mais ce n'est pas tout, et nos adversaires trouvent encore, dans l'article 155, une disposition singulière et incompatible avec leur manière de voir. La caution fournie, est en effet libérée après trois ans, et cependant, d'après leur doctrine, le tiré reste exposé durant cinq années à l'action du tiers porteur légitimement investi. Notre théorie explique parfaitement ce fait. On comprend très-bien, en effet, que tout en ménageant l'intérêt du porteur qui peut un jour se présenter, on ne le protége que pendant un certain laps de temps. Si, au bout de trois ans, il n'a pas réclamé le payement, il est en faute, il a commis une négligence inexcusable; le droit de celui qui prétend avoir perdu le titre est devenu presque certain, on peut libérer la caution. Si, au contraire, la libération de la caution doit mettre en danger le tiré comme le veulent nos adversaires, la loi est évidemment mal faite, car le tiré n'est pas l'auteur du retard que met le porteur à se présenter; il ne peut rien faire pour l'amener à réclamer son payement !

Les auteurs ont si bien compris ce qu'il y a d'étrange dans cette théorie qu'ils prêtent à la loi, que, même en la

Digitized by Google

critiquant, ils ont essayé de l'expliquer historiquement. Sous l'empire de l'ordonnance de 1673, dit M. Bravard-Veyrières[1], il y avait la même inégalite de durée entre l'engagement de la caution et celui de l'accepteur, et l'expérience, qui était aussi complète que possible quand fut rédigé le Code de commerce, n'avait pas révélé qu'il y eût là d'inconvénients.

Cette réponse ne fait, évidemment, que reculer la difficulté sans la résoudre; comment comprendre, en effet, que les rédacteurs de l'ordonnance aient imaginé un système aussi illogique, alors qu'aucune expérience justificative n'avait encore été faite? Aussi croyons-nous qu'il y a là une nouvelle erreur. La doctrine que nous combattons nous paraît être en contradiction avec les précédents, et nous pouvons montrer que, déjà sous le régime de l'ordonnance de 1673, le payement fait par ordonnance du juge et sous caution libérait les signataires de la lettre de change, la caution n'étant exigée que dans l'intérêt du porteur légitime de l'exemplaire égaré s'il venait à s'en présenter un.

Il suffirait d'abord, pour s'en convaincre, de lire le texte même de l'ordonnance de 1673 qui prévoit la difficulté. L'article 19 du titre V s'exprime de la façon suivante : « Au cas que la lettre adirée soit payable au porteur ou à ordre, *le payement n'en sera fait* que par ordonnance du juge et en baillant caution de garantir le payement qui en sera fait. » Comme on peut le remarquer, l'article 19 procède en déclarant que le tiré *ne peut payer* qu'autant que le perdant se fait autoriser par le juge et offre de fournir une caution : or cela ne peut se comprendre que si le payement doit libérer le tiré vis-à-vis de tout porteur qui se présenterait. S'il en est ainsi, en effet, on comprend qu'on lui refuse la faculté de faire un payement libératoire sans prendre certaines précautions dans l'intérêt du porteur; on ne comprendrait plus, au contraire, la défense de l'article 19 si le payement ne devait pas libérer le tiré, car l'imprudence qu'il commettrait en payant sans exiger caution ne nuirait qu'à lui-même et le législateur n'aurait pas à s'en occuper. Si donc le système de nos adversaires était exact, nous verrions l'ar-

[1] *Traité de droit commercial*, t. III, p. 309.

Digitized by Google

ticle 19 de l'ordonnance, non pas déclarer que le payement ne sera fait que sur ordonnance du juge et en exigeant caution, mais *permettre* seulement au tiré de ne payer qu'autant qu'on lui présenterait une ordonnance du juge et qu'on lui offrirait caution.

Nous savons, il est vrai, que Pothier n'a pas compris ainsi le texte de l'ordonnance de 1673 et qu'il explique comme le font nos adversaires le rôle de la caution exigée (V. plus haut notre page 441); mais Pothier, qui écrivait loin du mouvement des affaires, ne saurait avoir, en pareille matière, l'autorité de Savary, commerçant consommé en même temps que jurisconsulte et avocat consultant remarquable. Savary avait du reste pris une si grande part à la rédaction de l'ordonnance de 1673 qu'elle porte encore aujourd'hui son nom (Code Savary). Personne n'était donc mieux que lui à même d'en commenter les dispositions; or voici comment s'exprime Savary au sujet de l'article 19[1] :

« Il y a une chose à faire, suivant la disposition de cet « article, si une lettre de change avait été acceptée et qu'elle « fût perdue et adirée, *pour payer avec sûreté*, qui est que « celui au profit duquel la lettre aura été tirée, présente re- « quête à la juridiction consulaire, si aucune il y a dans le « lieu où la lettre est payable, ou bien au juge ordinaire, « par laquelle il exposera que la lettre a été perdue; il con- « clura à ce que celui sur qui elle est tirée, et qui l'a ac- « ceptée, soit condamné à lui payer le contenu en icelle, of- « frant donner bonne et suffisante caution pour l'événement « de la lettre, sur laquelle requête le juge doit mettre un « *vienne*, parce qu'il est juste que l'accepteur soit entendu en « sa défense, sur laquelle interviendra sentence, par laquelle « il sera condamné à payer la somme mentionnée dans la « lettre, en donnant bonne et suffisante caution, qui sera « reçue avec la partie, en la manière accoutumée, *moyen-* « *nant quoi il demeurera déchargé de la première lettre*, *qui* « *demeurera nulle comme non avenue*. »

Comme on le voit, ce passage ne laisse aucun doute : rapproché du texte même de l'ordonnance, il doit nous convaincre qu'au moment où fut rédigé le Code de commerce

[1] Savary, *Parfait négociant*, t. I, p. 194.

Digitized by Google

c'était bien notre système qui était en vigueur. Les auteurs du Code ont-ils accepté cette doctrine? Ont-ils donné la préférence à Savary ou bien à Pothier? Les décisions mêmes de la loi suffiraient pour répondre, puisque seule notre doctrine permet d'expliquer les articles 152, 154 et 155. Mais il y a plus : nous relevons dans le discours prononcé au Corps législatif par M. Duvergier, chargé de présenter le vœu d'adoption émis par les sections du tribunal réunies, les paroles suivantes : « Il fallait prévoir et établir la validité du payement fait sur une seconde, troisième ou quatrième qui annule l'effet de toutes les autres... il fallait exprimer les cas rares où l'opposition pourrait être admise au payement d'une lettre de change, et régler les formalités nécessaires pour *assurer et valider le payement de toute lettre de change adirée ou perdue*[1]. » Voilà, à coup sûr, des expressions qui indiquent nettement l'opinion du législateur : et elles sont d'autant plus décisives, que les rédacteurs du Code ne s'étant pas contentés de reproduire l'article 19 de l'ordonnance, mais l'ayant au contraire beaucoup développé, avaient évidemment dû s'occuper longuement de notre théorie et indiquer très-nettement leur intention au sujet de l'effet libératoire du payement.

A cette doctrine, si bien appuyée de tous côtés, que pourrait-on objecter? S'étonnera-t-on que le tiré accepteur puisse se libérer en payant aux mains d'un autre que le porteur de l'exemplaire accepté? Il y a là sans doute une dérogation aux principes, mais elle se justifie par cette première anomalie qui consiste dans l'autorisation donnée au perdant d'exiger un payement bien qu'il ne puisse présenter l'exemplaire accepté. Ne voyons-nous pas, d'ailleurs, le législateur, dans l'intérêt des lettres de change, permettre aux tribunaux de déclarer valablement libéré le tiré qui de bonne foi paye sur un faux ordre ou sur un faux acquit? C'est là encore une dérogation aux principes, mais qui se justifie par la nécessité de ne pas « rendre impossible le payement des lettres de change et de ne pas détruire leur circulation...[2] » Eh bien! ces intérêts de premier ordre se retrouvent aussi dans

[1] Locré, *Code de commerce*, t, II, p. 160.
[2] Exposé des motifs de M. Bégouen. — Locré, *loc. cit.*, p. 146 et 147.

Digitized by Google

le cas où le titre a été perdu : nous avons moutré qu'il était indispensable, au point de vue pratique, d'assurer sa libération au tiré contraint à payer : cela suffit et au delà pour légitimer la dérogation aux principes que l'on nous oppose. Enfin, il faut remarquer que le tiré paye sur l'ordonnance du juge et que cette intervention de la justice suffirait au besoin à expliquer l'effet libératoire du payement qu'il opère.

On a dit aussi que notre doctrine était contraire aux principes en ce qu'elle contraignait le tiré à prendre soin des intérêts d'un porteur légitime dont il n'est pourtant pas le mandataire. On ne comprend pas que la loi l'oblige ainsi à se porter le gérant d'affaires du vrai propriétaire de la lettre et à recevoir en son nom l'engagement de la caution. Mais il n'y a vraiment là rien d'exorbitant. N'est-il pas naturel que la loi, qui accorde au tiré l'avantage de se libérer par un payement fait à quelqu'un qui ne présente pas le titre original, lui impose comme condition de ce bénéfice l'obligation de veiller aux intérêts du vrai porteur s'il y en a un? Ne trouvons-nous pas déjà un système analogue dans l'article 2037 du Code civil d'après lequel le débiteur principal doit réserver à la caution tous les avantages que peut lui donner la subrogation, alors pourtant qu'aucun lien de droit ne l'oblige envers la caution[1] !

D'ailleurs, les choses ne doivent pas, selon nous, se passer comme l'indiquent nos adversaires. La caution ne doit pas s'engager entre les mains du tiré, mais bien entre les mains du juge. Nous en trouvons la preuve dans le passage de Savary que nous citions il y a un instant : Le perdant, dit cet auteur, aprés avoir obtenu l'ordonnance du juge, peut exiger le payement « en donnant bonne et suffisante caution, *qui sera reçue avec la partie, en la matière accoutumée* ». Ainsi, au dire de Savary, la caution était reçue par le juge, en présence du tiré, intéressé à s'assurer qu'elle avait été fournie puisque de là dépendait sa libération. Le Code qui a reproduit le système général de l'ordonnance de 1673 n'a évidemment pas innové sur ce point.

Dès lors, rien de plus naturel que l'obligation imposée

[1] Ajoutons, depuis la rédaction des Codes, la loi du 15 juin 1872 sur la perte des titres aux porteurs. Nous reviendrons bientôt sur cette loi.

Digitized by Google

par les rédacteurs du Code au tiré. Ce n'est évidemment pas à la justice à exiger d'office que la caution soit donnée, car si le tiré a confiance dans le perdant et consent à le payer sans prendre de précautions pour obtenir sa libération, nul ne peut l'en empêcher. Ce sera donc à lui d'émettre ses prétentions, et de déclarer qu'il ne payera qu'autant qu'une ordonnance du juge lui aura été présentée, et qu'une caution se sera engagée devant le juge.

II

Si, dans tout ce qui précède, nous avons bien interprété la loi, nous pouvons dire qu'elle est excellente, en tant qu'il s'agit d'assurer le payement à celui qui a perdu la lettre de change. Elle arrive à sauvegarder à la fois les droits du perdant et ceux du tiré, sans sacrifier injustement les intérêts du porteur légitime qui peut se présenter.

Mais il faut l'examiner à un deuxième point de vue, et nous allons maintenant la trouver moins heureuse dans ses dispositions.

Les rédacteurs du Code de commerce n'ont pas seulement voulu permettre au perdant de se faire payer, ils ont tenté de le restituer plus complétement, et de lui rendre avant l'échéance l'un de ses droits les plus précieux : la faculté d'endossement. Or, ils nous semble qu'à cet égard ils ont manqué leur but. Nous allons voir, en effet, que, dans tous les cas, la situation de celui qui recevrait l'effet à l'endossement serait tellement périlleuse qu'il ne se trouvera personne pour l'accepter.

Il ne faut pas oublier que la lettre de change n'a de valeur commerciale que si elle n'est susceptible d'élever aucune contestation, que si le payement peut en être obtenu facilement et sans complications. Sans doute, l'endosseur consent bien à courir les risques inévitables qui peuvent résulter d'un refus de payement de la part du tiré, et encore prend-il mille précautions, mais il ne peut aller plus loin : s'il entrevoit, en outre, des procès possibles, des difficultés probables, on peut être sûr qu'il s'abstiendra.

Eh bien ! examinons les diverses hypothèses prévues par la loi, nous verrons que toujours il y aura des dangers sérieux à craindre pour l'acquéreur.

Digitized by Google

Supposons d'abord que, la lettre ayant été créée en plusieurs exemplaires, l'un vienne à être perdu avant toute acceptation du tiré. Le perdant peut sans doute endosser l'un des exemplaires qui lui restent, mais l'acquéreur sera exposé, lors de l'échéance, en venant demander le payement, à se trouver en face d'un tiers nanti d'un titre semblable au sien : le tiré refusera de payer dans de telles conditions et un procès devra s'engager pour trancher le débat.

Il semble, il est vrai, que ce danger serait évité si le perdant prenait la précaution de faire accepter, après la perte d'un exemplaire, celui qu'il veut endosser. Il est certain, en effet, que le tiré pourrait, en pareil cas, payer entre les mains du porteur de l'effet accepté; mais la validité de ce payement n'existerait qu'à l'égard du tiré et de ses garants, elle ne saurait être opposée par le porteur qui a reçu le payement. Le tiers légitimement investi pourrait toujours le contraindre à restituer le montant d'un effet dont il n'avait pas été rendu propriétaire !

Si maintenant nous supposons que l'exemplaire égaré se trouvait revêtu de l'acceptation du tiré, les dangers pour l'acquéreur seront plus graves encore.

Celui, en effet, qui viendra, lors de l'échéance, réclamer le payement, en présentant, soit l'exemplaire resté aux mains du perdant, soit le duplicata obtenu par ce dernier, sera contraint, comme l'eût été le perdant lui-même, de présenter une ordonnance du juge et de fournir caution. Il ne peut en effet prétendre obtenir le payement autrement que ne l'eût obtenu son auteur. Il est, du reste, inutile d'ajouter qu'il se trouvera, comme dans les hypothèses précédentes, exposé à rencontrer un tiers porteur de l'exemplaire accepté et s'en prétendant acquéreur légitime.

Ainsi, dans quelque hypothèse que l'on se place, on rencontre des inconvénients, des dangers même, qui écarteront infailliblement l'acquéreur. L'exemplaire qui reste en la possession du perdant sera immobilisé entre ses mains, le duplicata qu'il peut obtenir ne saurait lui être utile. Les rédacteurs du Code n'ont pas réussi à rendre à la lettre de change son caractère ni son rôle de monnaie commerciale.

Il nous semble cependant qu'ils auraient pu y parvenir. Il

Digitized by Google

aurait, pour cela, suffi d'autoriser celui qui prétend avoir perdu le titre à remplir aussitôt après la perte les formalités qu'il ne peut actuellement remplir qu'après l'échéance. On aurait sans doute pris des précautions : on aurait pu, par exemple, ne l'autoriser à procéder avant l'échéance qu'après un examen de la part du président du tribunal; des mesures de publicité soigneusement organisées auraient permis à tout porteur d'exemplaire égaré de venir défendre ses droits; enfin, après l'expiration des délais fixés, le juge aurait déclaré nul l'exemplaire égaré en exigeant du perdant une caution bonne et solvable, au besoin même le dépôt du montant de la lettre à la caisse des dépôts et consignations. De cette façon, sans sacrifier les intérêts du porteur légitime, la lettre aurait repris toute sa valeur et le duplicata aurait pu être accepté à l'endossement comme la lettre elle-emême.

En résumé cette étude de la législation française sur la perte des lettres de change, nous la montre excellente à certains points de vue, à d'autres défecteuse. Peut-être sera-t-il intéressant de placer en regard la législation allemande, la plus originale, comme on sait, parmi les lois étrangères sur le change.

Il faut reconnaître que le système créé par cette loi est bien loin d'être satisfaisant. La loi de 1848 distingue selon que la lettre perdue porte ou non l'acceptation du tiré. Si elle n'a pas été acceptée, le propriétaire dépouillé est autorisé à demander au tireur un duplicata, par un procédé analogue à celui que notre article 154 du Code de commerce organise. Le tiré peut accepter ce duplicata et payer sans crainte, le payement sera libératoire : quant au porteur qui se présente, légitimement saisi du titre que l'on a cru perdu, nulle précaution n'est prise en sa faveur. C'est précisément là le système que nos adversaires reprochent au Code français de n'avoir pas adopté. Il nous paraît extrêmement dangereux, car le duplicata ne pouvant pas être refusé quand il est demandé, rien n'empêche celui qui vient d'endosser une lettre de change de prétendre qu'il l'a perdue, de réclamer un nouveau titre, d'obtenir l'acceptation du tiré, et d'enlever ainsi toute valeur à l'exemplaire qu'il a endossé. Sans doute le vrai porteur, ainsi dépouillé, pourra recourir contre l'au-

Digitized by Google

teur du dol, mais aucune garantie ne lui est assurée en vue de ce recours.

Si la lettre a été acceptée avant d'être perdue, la loi allemande organise, au profit du perdant, une *procédure en annulation ;* il doit introduire devant le juge une demande en annulation de la lettre perdue. Aussitôt que cette instance est engagée. Il peut exiger le payement du tiré accepteur, mais en fournissant caution jusqu'à l'annulation[1]. Quant à le procédure en annulation, elle varie avec les divers pays, mais on y trouve toujours une publicité donnée à la demande en annulation et un délai fixé au possesseur inconnu de la lettre pour se présenter. Si à l'expiration de ce délai le possesseur n'a point paru, la lettre perdue est annulée, le tiré est définitivement libéré et la caution cesse d'être tenue[2]

Ce système, séduisant peut-être au premier abord, nous paraît bien défectueux.

Aucune précaution n'est prise en faveur du possesseur légitime qui peut se présenter, et pourtant il se peut qu'il ait ignoré, malgré la publicité donnée à la procédure, la demande en annulation.

De plus, la procédure en annulation n'est possible qu'après l'échéance, de sorte que jusqu'à cette époque la lettre se trouvera immobilisée, le perdant ne pouvant user de la faculté d'endossement. La loi allemande ne tente même pas de la restituer à ce point de vue.

Enfin, l'annulation ne permet pas, au cas où le tiré refuse de payer et est insolvable, de demander le remboursement aux garants, la loi allemande n'admettant pas que le tireur et les autres signataires puissent être poursuivis sans que la lettre soit représentée. Il y a là une règle étroite, qui pourra empêcher le perdant d'obtenir son payement, et cette règle repose évidemment sur un principe erroné. Il est impossible, en effet, de distinguer entre l'obligation du tiré accepteur et celle des autres signataires de la lettre : ces divers engagements sont tous de la même nature, et l'on ne comprend

[1] Le tiré accepteur, en pareil cas, n'est pas libéré par le payement, mais l'instance en annulation devant arriver promptement à sa fin, l'engagement de la caution suffit à le garantir contre tout danger.

[2] V. Bravard, note de M. Demangeat, t. III, p. 389, note 2.

Digitized by Google

pas que des conditions spéciales soient exigées pour l'exécution des uns et non pour celle des autres.

En résumé, la loi allemande nous paraît moins heureuse que la loi française telle que nous la comprenons. Pas mieux que cette dernière elle n'arrive à faciliter l'endossement de la lettre perdue, elle rend plus difficile à obtenir le payement que réclame le perdant et elle fait courir de sérieux dangers au possesseur légitime du titre que l'on prétend perdu.

La loi belge sur le change, votée en 1872, a été moins heureuse encore. Les rédacteurs de cette loi se sont contentés de reproduire textuellement dans les articles 40 à 45 les dispositions de notre Code de commerce sur la perte des lettres de change. Nous ne les en blâmerions pas, au moins en ce qui concerne le payement à obtenir par le perdant, mais la loi belge, en reproduisant nos textes, en a changé l'esprit. Un amendement avait été proposé sur l'article 42, aux termes duquel on eût déclaré que la caution était donnée dans l'intérêt du porteur légitime et que le tiré se trouverait libéré par le payement fait conformément à l'ordonnance du juge; c'eût été, selon nous, accepter le véritable système de la loi française. Mais cet amendement fut rejeté, et le rapporteur déclara que le porteur véritable d'une lettre acceptée ne pouvait jamais être forcé de s'adresser à la caution. C'était donc admettre le système que nous avons combattu avec toutes ses injustices et tous ses dangers.

On pourrait penser que, tout au moins, partant de ce principe, la loi belge corrige celles de nos dispositions qui ne peuvent cadrer avec ce système. Il n'en est rien. Nous retrouvons dans l'article 42 l'obligation de fournir caution imposée dans les cas mêmes où l'exemplaire unique qui a été perdu n'était pas accepté, et l'article 45 déclare, comme notre article 155, que la caution sera libérée au bout de trois ans si, pendant ce délai, il n'y a eu ni demandes ni poursuites judiciaires[1].

Dans le courant de cette même année 1872, l'Assemblée nationale était appelée, en France, à réglementer une diffi-

[1] V. *Annuaire de législation étrangère*, année 1872.

Digitized by Google

culté analogue à celle qui résulte de la perte d'une lettre de change. On s'occupait, en effet, de la perte des titres au porteur.

La loi votée à cette occasion (loi du 5 juillet 1872) fit une application très-heureuse des divers principes que nous avons essayé de mettre en lumière dans ce travail.

Se préoccupant d'abord d'assurer au perdant le payement des intérêts ou même du capital, s'il est devenu exigible, on lui permet de l'obtenir sous certaines conditions, et notamment en fournissant caution (art. 5 et 6). Mais, le payement étant effectué conformément à ses prescriptions, la loi de 1872 déclare que l'établissement débiteur sera libéré : le tiers porteur au préjudice duquel ce payement aurait été fait, conserve seulement une action personnelle contre l'opposant qui aurait formé son opposition sans cause et contre la caution qu'il a dû fournir (art. 9).

La loi de 1872 veut aussi permettre à celui qui prétend avoir égaré son titre de recouvrer la faculté de le vendre. Après un certain laps de temps, elle lui permet d'obtenir à cet effet un duplicata, mais, le duplicata délivré, le titre primitif est annulé, le tiers porteur qui viendrait le présenter n'aurait de recours que contre l'opposant et l'acquéreur se trouve entièrement à l'abri (art. 15).

Ces principes sont évidemment excellents et la loi de 1872 atteint complétément son but. Nous trouverions au besoin, dans cette loi, en elle-même très-bien faite, une réponse péremptoire à tout reproche d'iniquité ou d'invraisemblance qui pourrait être dirigée contre la théorie que nous avons tenté d'établir. P. V. BEAUREGARD.

DU RÉTABLISSEMENT DU TITRE DU CODE CIVIL

ET DE LA NÉCESSITÉ D'UNE NOUVELLE ÉDITION OFFICIELLE DES CODES.

Par M. Jeanvrot,
Substitut du procureur de la République à Béthune.

La publication du *Code civil* remonte à la loi du 30 ventôse an XII (13 mars 1804) qui ordonna la réunion d'un corps de lois civiles sous le titre de *Code civil des Français*. Un décret

Digitized by Google

impérial du 3 septembre 1807 remplaça ce titre par celui de *Code Napoléon*. Le même décret ordonnait la publication d'une seconde édition du Code civil dans le but d'en faire disparaître les dénominations républicaines. Le gouvernement de la Restauration, suivant les mêmes errements, publia une nouvelle édition des Codes dont les textes furent débarrassés des formules impériales et mis en harmonie avec le nouveau droit constitutionnel (ord. du 17 juillet 1816[1]). En même temps le recueil des lois civiles reprit le titre de *Code civil*.

Cet état de choses fut maintenu par la seconde République. Le second Empire effaça le titre de *Code civil* pour y substituer celui de *Code Napoléon* (décret du 27 mars 1852). Aucune modification toutefois ne fut apportée aux formules introduites dans les textes par les ordonnances. Il en résulte que, depuis 1852, les éditions du Code civil conservent, sous son titre napoléonien, les formules de la royauté. Cette anomalie n'a pas cessé d'être légale, les ordonnances royales et le décret de 1852 étant encore aujourd'hui en vigueur.

Ne convient-il pas d'abroger ces dispositions contradictoires? N'est-il pas opportun de restituer au Code civil son véritable titre et de mettre les formules de nos Codes en harmonie avec la loi constitutionnelle?

Nous allons examiner chacune de ces deux questions.

I

L'opinion publique s'est déjà nettement prononcée sur la première. Depuis le 4 septembre 1870, le barreau, les officiers ministériels, la Cour de cassation, le gouvernement et le législateur lui-même ont pris, pour ainsi dire, l'initiative de cette réforme. Depuis cette époque, la dénomination de *Code Napoléon* a été remplacée par celle de *Code civil* dans les actes publics, les jugements, les arrêts, les décrets et les

[1] Ces formules furent conservées dans l'édition nouvelle du Code de procédure civile, prescrite par l'ordonnance du 8 octobre 1842; dans celle du Code d'instruction criminelle, prescrite par l'ordonnance du 28 avril 1832; du Code pénal, prescrite par l'ordonnance du 28 avril 1832; du Code de commerce, prescrite par l'ordonnance du 31 janvier 1841, et du Code forestier, prescrite par l'ordonnance du 3 juillet 1827.

Digitized by Google

lois. Et cependant on vient de voir que cette dénomination est illégale comme étant prohibée par les dispositions formelles du décret du 27 mars 1852.

C'est dans le but de mettre le droit d'accord avec le fait, et de faire cesser ce fâcheux exemple de la violation flagrante d'un texte législatif par les pouvoirs publics que M. Salneuve, membre de l'Assemblée nationale, a présenté, le 8 mai 1872, à cette assemblée une proposition tendant à l'abrogation du décret de 1852[1].

En dehors de la raison politique, l'honorable auteur de cette proposition invoquait « la logique du langage juridique, grammatical et même historique[2] ».

« Le titre de *Code civil,* ajoutait-il dans son exposé des motifs, présente, comme ceux de la législation commerciale, pénale, forestière, un sens intrinsèque, répondant naturellement à son objet spécial et homogène, tandis que le titre de *Code Napoléon* n'est ni explicatif par lui-même, ni juste dans sa souveraine application d'une réminiscence romaine, le Code de Justinien renfermant, non une spécialité de lois assorties, mais une collection de lois diverses[3]. »

La commission chargée d'examiner cette proposition envisagea successivement la question au point de vue historique, juridique et politique.

Elle se demanda d'abord si la vérité historique n'exigeait pas le maintien du titre de *Code Napoléon.*

Sur ce point, l'honorable M. Mazeau, rapporteur de la commission, résuma la pensée de ses collègues en ces termes : « Le Code de nos lois civiles n'est pas sorti tout d'une pièce du cerveau d'un législateur unique qui l'aurait créé de rien. Les siècles ont accumulé les matériaux que des efforts persévérants ont ensuite revisés, coordonnés, puis enfin réunis[4]. »

On ne saurait mieux dire. A quelque point de vue qu'on l'envisage, notre Code civil apparaît comme une œuvre impersonnelle. On n'en peut attribuer au mérite d'un seul ni l'idée, ni les matériaux, ni l'élaboration.

1 V. *Journal officiel* du 3 juin 1872, p. 3718.
2 *Ibid.*
3 *Ibid.*
4 V. *Journal officiel* du 14 juillet 1872, p. 4808.

Digitized by Google

L'idée de reviser l'ensemble des lois françaises et de créer l'unité de législation par la codification des lois civiles et pénales ne date pas du Consulat. Dès avant 1789 c'était un véritable lieu commun. On la trouve reproduite dans presque tous les cahiers des états généraux.

Les matériaux ne sont pas davantage l'œuvre d'une individualité. Chacun sait qu'ils se composent du droit romain, des coutumes, des ordonnances et édits des rois de France, du droit canonique, et des nombreux travaux des jurisconsultes antérieurs à l'époque de la Révolution.

L'élaboration du *Code civil* a été l'œuvre collective de plusieurs assemblées et d'un grand nombre de jurisconsultes.

Décrété par l'Assemblée nationale constituante[1] en 1790, commencé par la Convention nationale[2], continué sous le Directoire[3], revisé sous le Consulat, et soumis successivement à l'examen du Tribunat, du Corps législatif, du tribunal de cassation, des tribunaux d'appel de la République et du Conseil d'État, ce travail considérable fut publié, par la loi du 30 ventôse an XII (13 mars 1804), sous le titre de *Code civil des Français*. Il était ainsi désigné par son objet comme l'ont été depuis les autres Codes.

Au point de vue juridique, la commission a examiné la question de savoir si l'usage, en vertu duquel la dénomination de *Code civil* a fini par prévaloir, ne pouvait pas être considéré comme ayant abrogé le décret de 1852. La négative ne saurait être douteuse. Sous le régime de notre loi écrite, un usage, quelque général qu'il soit, ne peut abroger une disposition légale. L'usage se trouvant en opposition avec la loi, il est utile de faire cesser la contradiction qui existe entre l'état légal et la pratique. Enfin la précision du langage juridique et de la langue officielle ne permet pas d'abandonner au hasard la dénomination du Code.

Laissant de côté l'intérêt politique de la question qu'il ne nous convient pas d'aborder, il nous reste, en terminant, à rappeler que le décret du 27 mars 1852, appartenant à la

[1] Loi du 24 avril 1790, art. 19, et Constitution de 1791, titre I, art. 2.

[2] Constitution du 24 juin 1793. — V. la nomenclature des séances et l'analyse de la discussion dans le *Précis historique* de Fenet, t. I, et dans le *Moniteur*.

[3] Portalis, Disc. prélim., n° 6. — Fenet, t. I, p. 61.

Digitized by Google

période dictatoriale, a force de loi et ne peut être abrogé que par une loi. C'est donc au législatenr qu'il appartient d'ordonner cette mesure.

II

L'intervention du législateur n'est pas nécessaire pour réaliser la seconde réforme.

On a vu plus haut que la première édition du *Code civil* fut ordonnée par la loi du 30 ventôse an XII. La seconde édition, qui n'avait d'autre but que de substituer aux formules républicaines celles du régime impérial, fut ordonnée par le décret du 30 septembre 1807. La troisième édition, prescrite dans un but analogue par l'ordonnance royale du 17 juillet 1817, portait sur l'ensemble des Codes.

« Il est indispensable, portait le préambule de cette ordonnance, de supprimer dès à présent des différents Codes les dénominations, expressions et formules qui ne sont plus en harmonie avec les principes de notre gouvernement. » Suivaient cinq articles dont il n'est pas inutile de citer les principaux.

Art. I. — Les dénominations, expressions et formules qui rappellent les divers gouvernements antérieurs à notre retour dans notre royaume, sont et demeurent effacés du Code civil, du Code de procédure, du Code de commerce, du Code d'instruction criminelle et du Code pénal, et elles y sont dès à présent remplacées par les dénominations, expressions et formules conformes au gouvernement établi par la Charte constitutionnelle.

Art. III. — Il sera fait incessamment, et sous la direction de notre chancelier, chargé par *intérim* du portefeuille du département de la justice, une édition nouvelle des différents Codes, contenant les changements ordonnés par la présente.

Art. IV. — Dans l'édition présentement ordonnée, la substance et la rédaction de tous les articles actuellement en vigueur demeureront textuellement les mêmes.

Art. V. — Les éditions nouvelles des Codes seront soumises à notre approbation et chacun des Codes sera inséré au *Bulletin des lois*, sur lequel il sera libre à tous imprimeurs

Digitized by Google

de notre royaume d'en faire eux-mêmes, et pour leur compte, telles éditions qu'ils jugeront convenables.

Pour donner une idée générale de la différence de rédaction adoptée dans ces trois éditions, il est bon de comparer pour chacune d'elles le texte d'un des articles modifiés. Nous citerons comme type l'article 1er du Code civil qui est ainsi conçu dans les trois éditions :

I. *Édition du* 30 *ventôse an XII.*

Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le *premier Consul.*

Elles seront exécutées dans chaque partie de *la République*, du moment où la promulgation en pourra être connue.

La promulgation faite par le *premier Consul* sera réputée connue dans le département où siégera le *gouvernement*, un jour après celui de la promulgation, etc.

II. *Édition de* 1807.

Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par l'*Empereur.*

Elles seront exécutées dans chaque partie de l'*Empire*, du moment où la promulgation pourra en être connue.

La promulgation faite par l'*Empereur* sera réputée connue dans le département *de la résidence impériale*, un jour après celui de la promulgation, etc.

III. *Édition de* 1816.

Les lois sont exécutoires dans tout le territoire français, en vertu de la promulgation qui en est faite par le *Roi.*

Elles seront exécutées dans chaque partie du *Royaume*, du moment où la promulgation en pourra être connue.

La promulgation faite par le *Roi* sera réputée connue dans le département *de la résidence royale*, un jour après celui de la promulgation, etc.

C'est ce dernier texte qui est encore aujourd'hui en vigueur.

Les considérations qui ont déterminé le gouvernement impérial et celui de la Restauration à publier des éditions ex-

Digitized by Google

purgées nous paraissent à l'abri de toute critique. Il est parfaitement naturel et légitime qu'un gouvernement régulier se préoccupe de mettre les lois fondamentales du pays en harmonie dans leurs textes avec les principes de la constitution. Cette raison suffirait à elle seule pour justifier aujourd'hui l'utilité d'une édition nouvelle. Il en est d'autres cependant qu'on peut invoquer.

Depuis la publication des dernières éditions officielles de nos Codes, un certain nombre de lois spéciales ont été insérées dans chacun d'eux à la place des articles qu'elles modifient ou abrogent. Ces différentes lois portent les formules et dénominations des régimes sous lesquelles elles ont été promulguées. Il en résulte pour ainsi dire à chaque pas des dissemblances pour le moins singulières.

C'est ainsi qu'on peut lire dans le *Code pénal*, au livre III, titre I, sect. II, immédiatement après ce titre :

Des attentats dirigés contre le roi et sa famille.

Art. 86. — L'attentat contre la vie ou la personne de *l'Empereur*, est puni de la peine du parricide.

Et plus loin, dans le même Code :

Art. 252. — Dans les départements où siégent les Cours *royales*, les assises seront tenues par trois membres de la Cour, etc.

Art. 253. — Dans les autres départements, la Cour d'assises sera composée : 1° d'un conseil de la Cour *impériale;* 2° de deux juges pris parmi les conseillers de la Cour *impériale...;* 3° du procureur *impérial.*

Ces anomalies se rencontrent dans tous les Codes. En voici quelques exemples :

Code de commerce.

Art. 71. — La bourse de commerce est la réunion qui a lieu sous l'autorité du *roi*...

Art. 74. — La loi reconnaît, pour les actes de commerce, des agents intermédiaires...

Ils sont nommés par *l'Empereur.*

Code de procédure civile.

Art. 363. — Si les tribunaux de paix relèvent de tribunaux

Digitized by Google

différents, le règlement de juges sera porté à la Cour *royale*. Si ces tribunaux ne ressortissent pas de la même Cour *royale*, le règlement sera porté à la Cour de cassation.

Art. 782. — Le débiteur ne pourra plus être arrêté, lorsqu'appelé comme témoin devant... une Cour *impériale*... il sera porteur d'un sauf-conduit.

Code d'instruction criminelle.

Art. 60. — Losque le flagrant délit aura été constaté, et que le procureur du *roi* transmettra les actes au juge d'instruction, celui-ci sera tenu de faire sans délai l'examen de la procédure.

Art. 61. — Dans le cas de flagrant délit, le juge d'instruction ne fait aucun acte d'instruction ou de poursuite qu'il n'ait donné communication de la procédure au procureur *impérial*.

Le *Code civil* pousse même l'éclectisme jusqu'à faire mention quelque part[1] du procureur *de la République*.

N'est-il pas bon de faire disparaître toutes ces contradictions, de restituer au gouvernement, à ses fonctionnaires et à ses institutions leurs véritables titres, qualités et dénominations, et de rétablir ainsi, dans nos Codes l'unité de textes et de formules nécessaire à une œuvre de cette nature? La vérité, la clarté et la logique ne pourront qu'y gagner.

On objectera peut-être, — car on peut trouver des objections à tout,— qu'en poussant ce système jusque dans ses dernières conséquences on serait amené à reviser toutes les lois spéciales qui portent des formules correspondant à des régimes politiques différents du régime actuel ; nous n'en voyons pas la nécessité. Dans les lois spéciales, cette diversité n'offre pas le même inconvénient par la raison que chacune d'elles forme par elle-même un tout distinct et indépendant des autres lois; il n'y a nul besoin de modifier leurs formules et leurs dénominations. Mais il n'en est pas de même des lois qui ont été pour ainsi dire fondues dans les

[1] L'article 76 *in fine* est ainsi conçu : « La rectification de l'acte (de mariage), en ce qui touche l'omission ou l'erreur, pourra être demandée par le procureur *de la République*. »

Digitized by Google

Codes et qui, par suite, doivent revêtir la forme de l'œuvre dont elles font partie intégrante.

Les inconvénients de l'édition officielle actuelle et la nécessité d'une réforme ont été si bien compris que dans les dernières éditions qui ont été publiées les éditeurs ont pris le parti de mentionner, entre parenthèses, la formule exacte à côté de la formule vicieuse du texte officiel[1]. Quand une mesure est ainsi sollicitée dans la pratique par les hommes compétents, on peut être assuré que le décret qui la consacrera en ordonnant la publication d'une édition correcte des Codes sera acceuilli favorablement par le monde judiciaire.

JEANVROT.

ESSAI SUR L'ADMINISTRATION MUNICIPALE DE BORDEAUX

SOUS L'ANCIEN RÉGIME[2].

Par M. H. Barckhausen, professeur à la Faculté de droit de Bordeaux.

« Vous avez déjà pu remarquer, Monsieur, et vous connoissez à présent par vous-même, que l'administration de l'hôtel de ville de Bordeaux est interressante (*sic*), plus que dans aucune autre ville, à cause de la multiplicité des fonctions des jurats. » Ainsi s'exprimait un ministre de Louis XV dans une lettre qu'il adressait, le 25 novembre 1757, à l'intendant de la généralité dont jadis notre cité était le chef-lieu[3].

Quelle était donc l'organisation de cette administration municipale qu'on distinguait entre toutes, dans la France d'autrefois, par l'autorité exceptionnelle que, malgré bien des vicissitudes, ses chefs devaient conserver jusqu'en 1789? C'est ce que nous voudrions exposer ici en quelques pages.

[1] V. notamment la grande et la petite édition des Codes, publiée en 1877, sous la direction de MM. Rivière, Faustin Hélie et Paul Pont.

[2] Cet *Essai* est destiné à servir d'introduction au second volume des *Archives municipales de Bordeaux*, volume qui va paraitre incessamment, et où sont recueillis les actes qui, de 1451 à 1789, ont réglé les privilèges administratifs de l'ancienne capitale de la Guyenne.

[3] Lettre du comte de Saint-Florentin à M. de Tourny fils (Archives départementales de la Gironde, série C, n° 1082).

Digitized by Google

Nous préparerons ainsi les voies à une étude plus complète, que d'autres entreprendront sans doute un jour, mais dont tous les éléments ne sont pas encore également accessibles.

I

A la différence de nos communes modernes, les agglomérations d'habitants, quelle qu'en fût l'importance, ne jouissaient de plein droit, sous l'ancien régime, ni de la personnalité civile, ni de la faculté d'intervenir dans le choix des magistrats chargés de la gestion de leurs intérêts particuliers. Ce double privilége ne leur appartenait qu'en vertu de concessions spéciales et formelles, dont il n'est pas, d'ailleurs, toujours facile de déterminer l'époque. Pour Bordeaux, par exemple, s'il n'est pas douteux qu'une commune y fût constituée, avec des magistrats électifs, dès la première moitié du XIIIe siècle, on ignore quelle fut la charte qui créa cet ordre de choses.

Toutefois, un acte par lequel Eléonore de Guyenne abolit des impôts iniques, après la mort de son fils Richard Ier, roi d'Angleterre, à la demande du « peuple » (non des administrateurs) de Bordeaux[1], et un autre acte, de Henri III, où ce prince parle des services rendus « à son père » et à lui (à eux deux seulement) par le maire et le commun conseil de la ville[2], nous porteraient à attribuer à Jean-sans-Terre l'établissement de la municipalité dont les origines nous échappent. Quant aux chartes du 30 août 1224 ou du 13 juillet 1235[3], que certains ont tenues pour des concessions primitives, il nous paraît évident qu'elles ont simplement confirmé la commune de Bordeaux. Tout au plus ont-elles, peut-être, réformé le mode de nomination du maire, mode qu'on a vu varier d'années en années bien avant les temps actuels.

Les rois, qui faisaient les communes, pouvaient les défaire : Bordeaux eut l'occasion de l'apprendre à ses dépens, et par trois fois au moins.

[1] Cette charte porte, dans le *Livre des Coutumes* (manuscrit conservé aux Archives municipales de Bordeaux, f° 244), la date évidemment fausse du 1er juillet *1189*.

[2] Lettre du 24 juillet 1219 (Rymer, *Fœdera...*, t. Ier. 1re partie, p. 155).

[3] *Archives historiques de la Gironde*, t. IV, p. 13, et *Archives municipales de Bordeaux*, t. Ier, p. 241.

Digitized by Google

Tous ses priviléges furent suspendus sous Charles VII, pendant six mois, après la seconde réduction de la Guienne (1453).

Les commissaires délégués par Henri II pour réprimer les troubles sanglants qui éclatèrent, en 1548, dans le sud-ouest de la France, frappèrent les Bordelais « en corps et collége[1] ». Ils voulurent les priver de leur commune et de tout ce qui s'y rattachait, y compris leur hôtel de ville, dont la démolition fut ordonnée et entreprise. Ce ne fut qu'au bout d'un an que le roi consentit à adoucir cette condamnation, et à rétablir la municipalité, avec partie de ses droits et de ses biens d'autrefois.

Pendant la Fronde, les habitants de Bordeaux furent de nouveau déclarés déchus « même du droit de communauté[2]; » déchéance dont une amnistie vint, d'ailleurs, les relever presque aussitôt.

Depuis lors, nous ne croyons pas que semblable peine ait été prononcée contre la ville, dont la personnalité civile ne fut plus mise en suspens, même après l'émeute de 1675.

Comme toutes les communes, celle de Bordeaux fut régie, jusqu'en 1789, par des lois particulières, des *privilegia*, dans le sens étymologique du mot.

Au moyen âge, il n'y avait guère de lois générales sur l'administration des cités, des bourgs et des villages. Il est vrai que les magistrats bordelais du XVe siècle savaient, au besoin, invoquer en justice, pour défendre leurs prérogatives, les textes du droit romain[3]. Mais c'étaient des chartes spéciales et des règlements municipaux qui présidaient effectivement à l'exercice de leur autorité.

Plus tard, et surtout à partir du règne de François Ier, des édits et des ordonnances célèbres tendirent à soumettre peu à peu toutes les villes du royaume à des lois uniformes. Seulement, dans l'application, ces actes se heurtaient contre des institutions locales, très-diverses, consacrées par un usage immémorial, ou même garanties par des engagements formels du souverain. De là des résistances multiples, qui

[1] Lettres d'abolition d'octobre 1549.
[2] Déclaration du 1er septembre 1650.
[3] *Archives municipales de Bordeaux*, t. III, p. 408, et t. IV, p. 108.

Digitized by Google

aboutissaient tantôt à l'inexécution partielle de lois générales, et tantôt à des mesures d'accommodation, comme tel arrêt du Conseil, du 16 juillet 1687, dérogeant sur plusieurs points, en faveur des maires et jurats de Bordeaux, à la grande ordonnance de la Marine de 1681.

Imposer un régime identique à toutes les municipalités de France paraissait si peu possible avant la Révolution, que l'édit mémorable d'août 1764, qui fixait les principes d'une bonne administration des villes et des gros bourgs du royaume, annonçait, en commençant, que des lettres patentes spéciales détermineraient les formes à suivre pour chaque ville ou bourg dans lequel « il se trouverait 4,500 habitants, ou plus. » Telles furent les lettres de mai 1767, que nous aurons à citer souvent dans la suite de ce travail.

La commune de Bordeaux n'a donc pas cessé sous l'ancien régime d'avoir sa législation particulière, dont, par malheur, bon nombre de documents ne nous sont pas parvenus.

Les actes qui nous ont été conservés peuvent être divisés en deux classes, selon qu'ils émanent ou qu'ils n'émanent point d'une autorité municipale.

Pendant les trois cents ou trois cent cinquante années qui suivirent la création de la commune, les rois d'Angleterre ou de France, souverains de la Guyenne, semblent ne s'être proposé, dans leurs chartes, que d'arrêter les grandes lignes de la constitution de Bordeaux. Ils abandonnaient le soin de régler les détails aux maire et jurats, délibérant avec les conseils ou même avec tous les bourgeois de la ville. Sur les statuts édictés de la sorte, ils ne se réservaient, en général, qu'un simple droit de révision, *si sit inde querela*[1]. Toutefois, dans certains cas, ces règlements furent modifiés par le prince ou par ses représentants. Ainsi Édouard, fils de Henri III, réforma d'assez nombreux articles des statuts en vigueur de son temps; ce qui s'explique, sans doute, par les troubles qui venaient de désoler alors notre cité (1261).

On possède deux recueils importants des statuts de Bordeaux : l'un du XIVe, l'autre du XVIe siècle.

Le premier, qui se trouve dans des registres déposés aux

[1] *Archives municipales de Bordeaux*, t. Ier, p. 363.

Digitized by Google

Archives de la ville (notamment dans le manuscrit connu sous le nom de *Livre des Coutumes*), renferme encore plus de dispositions de droit pénal que de droit administratif. C'est une compilation faite sans ordre et sans plan appréciable. Quelques articles énoncent la date de leur promulgation. Mais, pour le plus grand nombre, rien n'indique à partir de quelle époque ils ont régi la cité. S'il s'y trouve, ainsi qu'il est probable, quelques-uns des règlements primitifs de la commune, il est fâcheux qu'on ne puisse les distinguer des autres.

Quant au second recueil, la *Chronique* de De Lurbe nous apprend qu'en 1542 « les statuts politiques de la ville de Bordeaux » furent « reveus et arrestez en l'assemblée des plus notables bourgeois, et publiez en jugement, séants les maire et jurats de ladite ville, le 14 juillet audit an ». Ainsi fut rédigé un corps de règlements municipaux, dont trois éditions successives ont été imprimées en 1593, 1612 et 1701. C'est une œuvre soignée, suffisamment méthodique, à laquelle l'abondance des détails donne, cependant, un certain air de confusion.

Rien ne ressemble moins aux statuts du XIVe siècle que ceux du XVIe. Mais ce qu'on ne saurait trop regretter, c'est qu'il ne soit pas possible de suivre les transformations intermédiaires et graduelles du régime de la ville. A peine est-il quelques points très-rares sur lesquels des documents authentiques nous fournissent des renseignements précis.

Du reste, la rédaction officielle de 1542 n'arrêta pas le cours des changements que la constitution de la commune devait subir à travers les siècles. Six ans après éclatait l'insurrection fatale dont nous avons déjà mentionné la conséquence, à savoir : la suppression de la municipalité. Et, lorsque celle-ci fut rétablie par Henri II, il en altéra profondément l'organisation antérieure.

Toutefois, ce qu'il y eut de plus grave dans les lettres patentes d'août 1550, ce ne fut pas que le prince y diminuât le nombre des jurats, ou supprimât le sous-maire et le prévôt; ce fut qu'il fixât lui-même le chiffre des gages du moindre employé de l'hôtel de ville. Depuis lors, on vit la centralisation administrative restreindre de plus en plus l'autonomie de la cité. Les maire et jurats pourront encore

Digitized by Google

faire de menues ordonnances de police, sous le contrôle du parlement ou de l'intendant de Guyenne. Mais c'est la Cour qui, de Paris ou des environs, réglera, dans tous ses détails, l'exercice de leur autorité; si bien que les ministres et le Conseil d'État finiront par formuler le budget ordinaire de Bordeaux sous Louis XIV, et, sous Louis XV, par fixer les jours et les heures où les magistrats de la commune devront se réunir. Ce n'est plus dans les statuts qu'on peut étudier l'administration municipale d'alors. Pour en suivre les vicissitudes, il faut analyser une longue série d'actes royaux, de déclarations et de lettres patentes, surtout d'arrêts du Conseil, que nous avons rassemblés pour la première fois [1]. Encore reste-t-il à découvir plus d'un document capital du même ordre, avant de connaître l'histoire complète de la municipalité bordelaise.

II

Dans cet essai sommaire lui-même, il nous faut dire quelque chose du territoire et de la population qui, jadis, constituaient la commune de Bordeaux.

Si toutes les villes de Guyenne s'inclinaient devant elle, et si les plus voisines, Libourne, Bourg et Blaye, Saint-Émilion et Castillon, Saint-Macaire, Rions et Cadillac, prenaient le titre de ses *filleules*, c'est qu'elle était sans rivale dans la province par l'étendue de ses limites et le nombre de ses habitants.

Grâce à son commerce, elle avait crû de telle sorte, du XIIe siècle au XIVe, que bientôt sa vieille enceinte ne lui avait plus suffi. A deux reprises, il lui fallut reculer ses murailles : d'abord, au sud; puis, au sud et au nord à la fois. Et, plus tard, elle déborda encore, et finit par rejoindre les faubourgs qui s'étaient formés autour d'elle. En 1789, il y en avait quatre sur la rive gauche de la Garonne, sans parler

[1] Les collections publiées en 1667, 1729 ou 1779, chez J. Mongiron-Millanges, J. B. Lacornée et Mel Racle, sous les titres de *Priviléges des Bourgeois... de Bordeaux*, ou de *Nouveau Recueil de diverses lettres patentes... concernant les principaux priviléges... de Bordeaux*, ne renferment guère que les actes qui intéressaient les particuliers, et ne forment que des plaquettes d'une soixantaine de pages.

Digitized by Google

d'un cinquième sur la rive droite, La Bastide. C'étaient ceux de Saint-Seurin, des Chartrons, de Paludate et des Gahets, dont aucun n'a plus maintenant d'existence distincte.

Au point de vue administratif, la cité elle-même se divisait en *jurades*, dont le nombre et les noms varièrent. Nous en trouvons douze au xve siècle : celles de La Rousselle, de Porte-Bouquière, de Saint-Éloi, du Cahernan, des Ayres, de Dessous-le-Mur, de Saint-Projet, de Saint-Siméon, de Saint-Pierre, de Porte-des-Paux, de Porte-Médoque, et de Saint-Paul, Saint-Christoly et La Place. Depuis 1550, il n'y en eut plus que six : Saint-Remi, Saint-Éloi, Saint-Pierre, Saint-Maixant, Sainte-Eulalie et Saint-Michel. Par contre, trente ans avant la Révolution, on établit douze arrondissesements pour la police, avec un commissaire dans chacun. Ces nouveaux quartiers, du reste, répondaient à des exigences toutes modernes, et ne se confondaient point avec les jurades d'autrefois.

Mais l'autorité du maire et de ses collègues n'était pas restreinte à la ville et à ses faubourgs. Elle s'exerçait bien au delà, sur une banlieue considérable. Celle-ci, très-étroite du côté du nord, où de vastes marécages serraient Bordeaux de très-près, s'élargissait à l'est et à l'ouest, et surtout au midi. On y comptait plus de vingt paroisses. Jusqu'à 18 kilomètres séparaient la ville de tel point extrême de son territoire.

Les villages de la banlieue formaient cinq groupes, selon qr'ils appartenaient à la banlieue pure et simple, à l'une des deux prévôtés d'Eyzines ou d'Entre-deux-Mers, au comté d'Ornon, ou à la baronnie de Veyrines.

Dans le comté et dans la baronnie, les maires et jurats possédaient des droits qu'ils n'avaient pas ailleurs. Ils les devaient à leur qualité de seigneurs de ces deux fiefs. La ville avait acheté le premier en 1409, et le second en 1526.

Vers la fin du xvie siècle (1591), et par une acquisition semblable, la baronnie de Montferrand, située hors de la banlieue, était entrée également dans le domaine de Bordeaux. Mais elle n'y demeura point. Un retrait l'en fit sortir.

La population des villages qui dépendaient de la commune bordelaise comprenait des personnes de tout ordre, prêtres, nobles et roturiers, dont la condition semble n'avoir

Digitized by Google

guère différé de celles de leurs contemporains du plat pays de Guyenne.

Les habitants de la ville, au contraire, et, en particulier, les bourgeois jouissaient de priviléges importants.

En première ligne, nous citerons la concession de Jean-sans-Terre, en vertu de laquelle tout serf étranger séjournant un mois à Bordeaux, sans y être inquiété, après avoir prêté serment, était affranchi de tout lien de servitude.

Mais le simple habitant ne participait point à toutes les franchises du bourgeois proprement dit.

Celui-ci avait des droits spéciaux en toutes matières : propriété, successions, commerce, impôts, service militaire, procès, et même sépulture ecclésiastique. On ferait un livre en exposant la nature et les vicissitudes de ces divers priviléges. Dans cette étude, nous n'avons à relever que ce qui se rapporte à la vie publique, municipale.

Or, c'est parmi les bourgeois que se recrutèrent toujours les jurats et les conseillers de la ville. Bien plus, au moyen âge, tous les bourgeois délibéraient ensemble dans certaines circonstances d'une gravité exceptionnelle.

Être un membre actif de la grande commune de Bordeaux était un honneur envié et enviable sous l'ancien régime. Les gentilshommes ne le dédaignaient point, loin de là[1]. Il fut même des époques où les suzerains de la Guyenne crurent devoir prendre des mesures pour empêcher les nobles de s'affilier à une association aussi puissante que l'était alors notre municipalité.

En principe, les nouveaux bourgeois étaient agréés librement, sur leur demande, par les maire et jurats. Nous connaissons, cependant, des exemples de lettres de bourgeoisie conférées par les rois d'Angleterre et de France.

Des conditions, modifiées plus d'une fois, mais pas toujours respectées, étaient exigées des récipiendaires.

Au moyen âge, il suffisait d'être de bonnes vie et mœurs, de posséder une maison quelconque dans la ville, et d'y avoir séjourné pendant deux années consécutives. Plus tard, en

[1] En 1590, le duc d'Épernon, époux de Marguerite de Foix, comtesse de Candale, déclarait à un jurat de Bordeaux « qu'il honorait fort la qualité que la maison de Candalle avoit d'être le premier bourgeois de Bordeaux. » (J. d'Arnal, *Supplément des Chroniques...*, p. 102.)

Digitized by Google

1622, on fixa la valeur de la maison (1,500 livres), et l'on demanda trois ans de domicile de plus. Sous Louis XIV, en vue de favoriser le commerce maritime, les candidats marchands durent, pendant quelque temps au moins, justifier d'un intérêt, déterminé au minimum, dans les armements ou dans certaines compagnies privilégiées.

L'institution devint ainsi de plus en plus aristocratique.

Quant à la qualité de Français, elle paraît n'avoir pas toujours été nécessaire.

Les maire et jurats conféraient encore des lettres de bourgeoisie par reconnaissance ou à titre d'honneur; comme il advint, en 1785, à Pilhes, avocat de Tarascon et auteur d'une comédie qui célébrait les vertus de Montesquieu.

Dès le XIIIe siècle, il avait été ordonné de porter sur un registre officiel les noms de tous les bourgeois. Plus ou moins bien observée, cette règle n'empêcha pas des usurpations fréquentes. Aussi, comme le fisc y perdait, le Conseil d'État fit-il procéder, notamment en 1660, à des vérifications rigoureuses. Une dernière révision générale eut lieu, pendant le règne de Louis XV, de 1761 à 1763. Mais celle-là fut prescrite par les magistrats de la cité, et dans l'intérêt de ses priviléges.

Ajoutons que la qualité de bourgeois se transmettait, par la ligne masculine, à la descendance de celui qui l'avait acquise. Cependant elle n'appartenait, du moins dans les temps modernes, qu'à une faible partie de la population. Peut-être n'y avait-il à Bordeaux que 1,500 familles privilégiées, sur plus de 100,000 habitants, au moment de la Révolution française.

Il est vrai que le droit de bourgeoisie se perdait lorsqu'on était convaincu de certaines contraventions, ou qu'on transportait son domicile, pendant deux ans, hors de la ville et de la banlieue.

III

L'administration de la commune était dirigée par un *corps de ville*, qui devait, dans certains cas, prendre l'avis de conseils établis par les statuts ou par d'autres règlements, et qui avait, sous ses ordres, un personnel multiple d'agents préposés à tous les services municipaux.

Digitized by Google

De tout temps, le corps de ville paraît s'être composé, en principe, d'un *maire*, de *jurats*, d'un *procureur-syndic*, d'un *clerc de ville* et d'un *trésorier*.

Mais il y eut des périodes où l'on y compta d'autres membres. C'est ainsi qu'au moyen âge, et jusqu'au milieu du XVIe siècle, nous trouvons des jurats portant le titre de *sous-maire* ou de *prévôt;* par exception, de *lieutenant de maire*. A une époque plus récente, de 1704 à 1789, les lieutenants de maire reparurent, seulement avec des caractères tout nouveaux.

Essayons de résumer en quelques lignes ce que nous savons de plus remarquable sur les charges de ces divers magistrats.

Quant au *maire*, la commune dut en avoir un pour chef dès l'origine. Il est vrai qu'une liste très-ancienne, que nous possédons dans le *Livre des Coutumes* déjà cité, n'en mentionne point d'antérieur à 1218, mais d'autres documents authentiques permettent d'affirmer que c'est là une lacune, à laquelle nous ne pouvons, d'ailleurs, suppléer que très-Imparfaitement.

L'histoire des changements que subit, au moyen âge, la nomination du maire de Bordeaux ne nous est pas davantage connue dans tous ses détails. Il est constant que ce magistrat cessa d'être élu par les jurats en 1261, et fut désigné ensuite, pendant dix-sept années, par le roi d'Angleterre ou son représentant; puis, de nouveau, par les jurats, de 1279 à 1287; et enfin, jusqu'à la fin du siècle, tour à tour, par les rois d'Angleterre ou de France. Que se passa-t-il à partir de cette époque et tant que la Guyenne fut soumise aux successeurs d'Édouard Ier? Les statuts du XIVe siècle parlent bien encore, dans un ou deux articles, du choix à faire par les jurats de la ville. Nous croyons, cependant, que, de 1300 à 1451, les maires ne furent plus nommés que par le prince; ce qui explique que des noms anglais remplacent alors les noms bordelais ou gascons dans la série des chefs de la commune.

La durée des pouvoirs de ces chefs fut aussi modifiée pendant la même période : d'annuelle qu'elle était à l'origine, elle devint indéfinie vers 1326.

Dans les temps modernes, les rois de France suivirent

Digitized by Google

d'abord les pratiques qu'ils trouvèrent en vigueur au moment de la capitulation de Bordeaux, et cela, jusqu'en 1550. A cette date, Henri II rendit aux jurats le privilége de désigner le maire de la ville, en limitant à deux ans les effets de leurs choix. C'est sous l'empire de cette règle que Montaigne fut élu à deux reprises. Mais, en 1620, Louis XIII, pour des raisons politiques, défendit de procéder, jusqu'à nouvel ordre, au remplacement du maire dont les fonctions expiraient. En conséquence, la charge resta vacante pendant plus de trente années. Lorsqu'elle fut de nouveau remplie, elle se transforma en vraie sinécure, plus ou moins lucrative selon les temps, obtenue du roi par de grands seigneurs, presque à titre viager ou même héréditaire. On imagine ce qu'il devait en être quand on sait que, pris tous ensemble, les quatre comtes ou marquis d'Estrades, qui furent maires de 1653 à 1769, séjournèrent à peine dans la cité pendant quelques mois.

Signalons ici, qu'à certaines époques de crise, il y eut un *gouverneur* à la tête de la commune. Quelles étaient l'origine et l'autorité de ce magistrat exceptionnel? Un manuscrit du xve siècle, le *Livre des Bouillons*, qualifie l'un d'eux qui était, en même temps, lieutenant du roi en Guyenne, de « *regidor de la bila de Bordeu per la eleccion deu poble*[1] ».

Le maire administrait avec le concours des *jurats*, dont l'institution subit aussi des vicissitudes de toutes sortes.

Leur nombre seul changea quatre ou cinq fois. Il fut réduit d'abord de cinquante à vingt-quatre, puis, en 1375, à douze et, en 1550, à six. Par la suite, ce chiffre ne varia plus que passagèrement, à la fin du règne de Louis XIV, pendant les cinq ou six ans qu'il y eut, en plus, trois jurats alternatifs, sur lesquels nous aurons à revenir.

Pour le mode de nomination, on peut distinguer les périodes suivantes, en négligeant les faits exceptionnels.

Jusqu'au milieu du xve siècle, au moins, les jurats désignèrent eux-mêmes leurs successeurs. Plus tard, à une époque inconnue, mais avant la rédaction des statuts de 1542, ils durent s'adjoindre, pour procéder à l'élection, vingt-quatre bourgeois notables ou *prud'hommes*. Enfin, à partir de 1683, jurats et prud'hommes, ou (pendant cinq ans) jurats, con-

[1] *Archives municipales de Bordeaux*, t. Ier, p. 496.

Digitized by Google

seillers et notables réunis, se bornèrent à présenter trois candidats par place au roi, qui choisissait sur la liste.

Du reste, au XVIIIe siècle, la moitié des charges de jurats fut, à deux reprises (en 1704 et 1723), érigée en titre d'offices, vénaux, héréditaires, par un gouvernement à bout de ressources. Ces offices furent même dédoublés en 1709, où l'on établit des jurats perpétuels nouveaux, alternant avec les anciens. Mais, grâce à des sacrifices d'argent, la ville revint à sa constitution passée, une première fois en 1715, et une seconde en 1724.

Les élections municipales de Bordeaux, qui se faisaient primitivement dans la nuit du 24 au 25 juillet, furent fixées, à partir de 1550, au 1er août.

Seize ans après, Charles IX ordonna que deux conseillers au Parlement y assisteraient, en qualité de commissaires, pour les surveiller au point de vue légal.

En effet, sans parler des règles relatives aux formes à suivre, il y en avait de bien plus importantes sur les conditions que devaient remplir les élus.

Le *Livre des Bouillons* témoigne qu'il fallait, en 1375, être bourgeois de Bordeaux, enfant légitime et son propre seigneur, âgé de vingt-cinq ans, domicilié dans la ville, propriétaire de la maison qu'on habitait, et jouissant d'une fortune de 1,000 livres bordelaises ou d'un revenu foncier de 200 livres. Les personnes nées sujettes de souverains étrangers étaient exclues. En principe, chaque jurat choisissait son successeur en le prenant dans sa jurade.

Au commencement du XVe siècle, on frappait d'incapacité les débiteurs de la ville si leur obligation s'élevait à 10 livres.

Après 1550, l'usage s'établit de choisir un nombre égal de gentilshommes, d'avocats et de marchands, dans l'espoir de s'assurer ainsi des administrateurs compétents pour tous les genres d'affaires, qu'il s'agît d'armes, de droit ou de finances.

Cette répartition fut modifiée, sous Louis XIV, en faveur de l'élément commercial, qui obtint deux places sur trois. Mais, après quatre ans d'essai, on revint aux pratiques anciennes (1674).

Vers la même époque, on avait exigé des candidats marchands qu'ils fussent intéressés, pour certaines sommes, dans des entreprises maritimes; et, plus tard, en 1746, on leur

Digitized by Google

imposa la condition, que le Parlement avait déjà édictée en 1631, de passer par la charge peu recherchée (vu qu'elle était onéreuse) de trésorier de l'hôpital de Saint-André.

Enfin, de 1767 à 1772, pout être élu une première fois, il fallut avoir figuré dans le Conseil de la ville, tel qu'il était alors organisé.

Nous ne voyons, d'ailleurs, à aucune époque, que les jurats sortants aient été rééligibles avant un délai qui varia de trois à cinq ans.

Au XVIe siècle, le contentieux des élections municipales était de la compétence du Parlement. Mais, vers le milieu du XVIIe, la juridiction de cette cour fut restreinte. Ce furent, sauf exception, le roi et ses ministres qui, depuis, sur le rapport de l'intendant de la généralité, validèrent, ou non, les choix faits à Bordeaux, selon qu'ils leur paraissaient plus ou moins opportuns.

Un changement qui date, comme tant d'autres, du rétablissement de la commune par Henri II, est celui de la durée des fonctions de jurat. Elle n'était que d'un an, d'abord. Elle devint de deux en 1550, lorsqu'on décida que trois jurats sur six, seulement, seraient remplacés chaque année, en sorte qu'il y en eût toujours trois anciens et trois nouveaux, ce règlement étant bien préférable au point de vue de la suite des affaires. Tant que l'autre fut en vigueur, on en pallia les défauts au moyen de *testaments*, c'est-à-dire d'actes par lesquels les administrateurs sortants imposaient à leurs successeurs d'exécuter toute une série de mesures.

Le système de 1550 fut suivi, normalement, jusqu'en 1789, si ce n'est aux époques où il y eut des jurats en titre d'office : ceux qui ne l'étaient point ne restaient alors que douze mois en charge.

Il est remarquable que, pendant très-longtemps, les jurats, à quelque ordre qu'ils appartinssent, n'avaient de prééminence respective qu'en raison de leur ancienneté, et se distribuaient les affaires comme ils l'entendaient pour le bien du service. En 1759, presque à la veille de la Révolution, un arrêt du Conseil fit cesser un pareil désordre. En même temps qu'il régla l'heure où le corps de ville devait s'assembler chaque matin, il partagea les fonctions de ce corps entre les gentilshomms,

Digitized by Google

les avocats et les marchands : les premiers furent délégués aux affaires militaires, aux hôpitaux, aux spectacles, aux visites et aux cérémonies.

Pour en finir avec les jurats, nous rappellerons qu'ils furent remplacés pendant deux ans, après les troubles de 1548, par une commission de vingt-quatre bourgeois que « le Roy establit d'authorité... pour régir la ville [1]. »

Dans une commune où la décision des affaires appartenait à des administrateurs qui se renouvelaient sans cesse, il était indispensable, pour conserver la tradition des droits et des intérêts municipaux, d'avoir quelques fonctionnaires permanents.

Tels étaient, dès le moyen âge, le *procureur-syndic* et le *clerc de ville;* et aussi, dans les temps modernes, le *trésorier* de Bordeaux.

Le *procureur-syndic* était un homme de loi, un important personnage, auquel le chroniqueur Jean d'Arnal pouvait dire : « Je m'adresse à vous, comme à celuy qui est le principal directeur des affaires publicz, le vray tuteur et défenseur des droictz et actions de notre corps de ville [2]. » En effet, par ses réquisitoires, il appelait l'attention des maire et jurats sur toutes les mesures qu'il jugeait utiles ou même nécessaires au bien de la cité. Il était l'organe de la commune auprès des magistrats municipaux, comme les procureurs de la République sont les organes de la société auprès des tribunaux modernes.

Jusque vers la fin du règne de Louis XV, les maire et jurats nommèrent le procureur-syndic, même alors que le Roi lui délivrait les provisions de sa charge. Celle-ci devint, au XVIe siècle, un office vénal, que le titulaire ne perdait que « par mort, résignation ou forfaicture [3]. » Mais, en 1767, le rachat de l'office fut ordonné, et la durée des fonctions cessa d'être indéfinie. Il fut dit qu'à l'avenir une Assemblée des Notables présenterait, tous les six ans, au choix du prince, une liste de trois candidats, sur laquelle le nom de l'ancien procureur pouvait, d'ailleurs, être porté. Malgré cette ré-

[1] J. d'Arnal, *Supplément des Chroniques...*, p. 24.

[2] *Instructions pour la Conservation de certains Droicts...* (Bordeaux, S. Millanges, 1620), f° 2.

[3] J. d'Arnal, *Supplément des Chroniques...*, p. 32.

Digitized by Google

serve, le nouveau système était trop contraire à l'esprit de l'institution pour qu'il fût durable. Dès 1772, la charge redevint perpétuelle; seulement le roi n'abandonna point le droit d'y nommer un des candidats, dont les jurats et les notables n'eurent qu'à lui soumettre les noms.

Si le procureur-syndic jouait le rôle d'un magistrat du parquet, le *clerc de ville* remplissait celui d'un greffier, mais avec plus de prestige. En droit, sans doute, il était subordonné aux maire et jurats, dont il consignait les décisions sur ses registres. En fait, il exerçait une influence qui primait souvent leur autorité. On vit même au XVIIIe siècle, un clerc prétendre au premier rang dans le corps de ville, après le maire et le lieutenant de maire. Il fallut qu'un arrêt du Conseil vînt le reléguer à sa place, et définir minutieusement ses fonctions comme chef des bureaux et comme dépositaire des papiers, registres et titres, de la commune (1751).

Ce que nous avons dit sur le choix du procureur-syndic s'applique à celui du clerc de ville, si ce n'est que ce dernier fut à la nomination du roi, de 1454 à 1462, et de l'Assemblée des Notables, de 1767 à 1772.

Pour le *trésorier*, les jurats du moyen âge le désignaient, chaque année, en le prenant parmi eux ou parmi leurs prédécesseurs. Mais on finit par comprendre les inconvénients de cette méthode, qui engendrait une mobilité fâcheuse pour les finances municipales, et l'on y pourvut en créant une charge permanente de *clerc du trésorier*. Sous Henri II, après le rétablissement de la commune, ce clerc fut remplacé par un trésorier en titre, dont les fonctions ne furent plus temporaires, et dont la nomination passa par les mêmes vicissitudes que celle du clerc de ville, avec cette différence qu'il semble n'avoir jamais été propriétaire de l'office exercé par lui.

Parmi les jurats d'avant 1548, le trésorier n'était pas le seul qui portât un titre spécial. Il y en avait encore deux autres, dont l'un était qualifié de *sous-maire*, et l'autre, de *prévôt de la ville*. Le premier, choisi par le chef de la commune, suppléait ce magistrat en cas d'empêchement, et le second, désigné par ses collègues, avait une juridiction de première instance. Sous-maire et prévôt furent supprimés définitivement après les troubles de 1548. Il ne faut pas, en effet, confondre le prévôt de la ville avec le prévôt royal qui vint fonc-

Digitized by Google

tionner à Bordeaux de 1551 à 1560, ni assimiler le sous-maire au *lieutenant de maire* qui concourut à l'administration de la cité de 1704 à 1789 [1].

Le lieutenant de maire des temps modernes diffère même notablement du magistrat que certains registres de la jurade mentionnent, au moyen âge, sous un titre identique.

Nous voyons, dans ces registres, qu'au commencement du XVe siècle, lorsque le maire entreprenait un voyage lointain, ses fonctions étaient déléguées, jusqu'à son retour, non plus au sous-maire, mais à un lieutenant de maire, pris aussi généralement parmi les jurats. De toute autre nature était la charge qui fut créée en 1704. Loin d'être intérimaire et d'exception, elle avait été érigée en titre d'office vénal et héréditaire, si bien qu'elle se transmit, pendant plus de cinquante ans, dans la famille des Ségur. En 1707, on la dédoubla par l'institution d'un lieutenant de maire alternatif et mi-triennal. Mais ce nouvel office fut racheté par la ville, en 1715, avec d'autres analogues dont il a été question à propos des jurats. Il ne resta donc plus qu'un seul lieutenant de maire, qui semble même n'avoir été conservé alors qu'à raison des sentiments que sa personne inspirait au corps de ville. Sa charge fut, d'ailleurs, transformée vers la fin du règne de Louis XV, époque à laquelle elle perdit le caractère d'office (1760).

Les lettres patentes qui la modifièrent ainsi, tout en maintenant le magistrat qui en exerçait les fonctions, décidèrent qu'à l'avenir, en cas de vacance, le roi choisirait le nouveau lieutenant sur une liste de candidats dressée dans les formes suivies pour les élections à la jurade. Ces candidats ne pouvaient être pris que parmi les gentilshommes titrés de la ville et sénéchaussée de Bordeaux. Celui d'entre eux qui devenait lieutenant du maire était obligé à la résidence, mais jouissait, jusqu'à sa mort, de tous les droits du chef de la commune absent, qu'il remplaçait.

Il eut lui-même un suppléant, qualifié d'*adjoint et survivancier*, à partir de 1775 [2].

[1] Toutefois, malgré la différence des deux charges, le lieutenant maire de Bordeaux était sans cesse appelé *sous-maire*, au XVIIIe siècle.

[2] Par des lettres patentes du 3 novembre 1775, Jean-Henri, comte de Béarn, enseigne de vaisseau, fut nommé lieutenant de maire, adjoint et survivancier de M. du Hamel.

Digitized by Google

Et maintenant, nous connaissons tous les membres dont s'est composé le corps de ville depuis le XIIIe siècle jusqu'en 1789. Je me trompe. Il en est un d'omis dans ce qui précède : *l'avocat du roi en l'hôtel de ville et siége de police de Bordeaux* qui, de 1709 à 1715, remplit un office (héréditaire de titre, mais par le fait éphémère) d'organe du ministère public auprès de la juridiction à laquelle il était attaché.

S'il est plus d'un point obscur dans l'histoire des charges que nous venons de passer en revue, on en rencontre bien d'autres dans celle des divers conseils ou colléges dont les maire et jurats devaient prendre et suivre l'avis pour toutes les affaires d'une certaine importance.

La période la plus curieuse et la plus brillante de l'existence de ces assemblées est certainement la première, qui dura tant que la Guyenne fut sous la domination des rois d'Angleterre. C'étaient alors les *trente* conseillers, ou bien les *trois cents* notables, ou même encore tous les bourgeois ensemble, qui délibéraient, plus ou moins fréquemment, sur les intérêts de la ville. Était-ce en vertu de règles précises qu'on en référait aux uns ou aux autres? Nous ne le présumons pas. Les documents que nous possédons semblent indiquer seulement que le corps de ville s'adressait à une assemblée d'autant plus nombreuse que les questions à traiter paraissaient plus graves.

Un autre collége dont il est fait mention dans une charte d'Édouard III, en date du 16 juin 1344, est celui des *Cent Pairs* de Bordeaux. D'après un érudit, ces pairs auraient aidé les jurats dans l'exercice de leurs fonctions [1]. C'est fort possible; mais, sauf erreur, les statuts n'en disent rien.

Les statuts du XIVe siècle renferment, au contraire, deux articles sur la nomination des Trente et des Trois Cents. Les membres de ces deux conseils étaient désignés, chaque année, par les jurats nouveaux. Ceux-ci procédaient au choix presque aussitôt après leur élection et avaient soin de faire entrer leurs prédécesseurs immédiats dans l'assemblée des Trente. Notons ici, en passant, que les Trente Conseillers ne doivent pas être confondus avec les *Conseillers pensionnaires*,

[1] Baurein, *Recherches sur la ville de Bordeaux* (Bordeaux, Féret et fils, 1876), p. 239.

Digitized by Google

que l'on rencontre à la même époque. Tandis que les uns délibéraient gratuitement les affaires administratives, les autres recevaient des gages annuels pour mettre leur science juridique au service du corps de ville.

L'état de choses que nous venons d'exposer fut modifié dans les temps modernes, et à plusieurs reprises.

Seul, le *Conseil des Trente* persista tel quel jusqu'en 1767. Bien auparavant, en 1550 peut-être, les trois cents notables furent réduits à cent, qui formèrent, avec les Trente, l'*Assemblée des Cent-Trente*. Quant à convoquer tous les bourgeois, il n'en fut plus question pendant les derniers siècles de l'ancien régime.

Quelles étaient les attributions respectives des Trente et des Cent-Trente? D'après un règlement assez vague, ceux-ci devaient être appelés « dans les circonstances importantes où l'on avoit besoin du consentement général de la communauté »; et ceux-là étaient compétents pour décider « les petites affaires », quand il convenait au corps de ville de les en saisir[1].

En 1767, une nouvelle combinaison fut imaginée. On conserva les Cent-Trente avec leurs attributions exceptionnelles, notamment en matière de finances. Mais, de plus, on plaça auprès des maires, lieutenant de maire et jurats douze *conseillers* et trente-deux *notables*. Les premiers durent examiner, au moins une fois par mois, les affaires communales les plus délicates. Les seconds constituèrent avec les conseillers et le corps de ville une *Assemblée des Notables*, ayant, en principe, deux sessions par an. Dans l'une d'elles, on procédait à l'élection des candidats à la jurade, et l'on remplaçait les conseillers et les notables dont le mandat expirait. La première fois, les trente-deux notables avaient été choisis par tous les chefs de famille de Bordeaux payant 10 livres de capitation. Notables et conseillers étaient pris en nombre égal, comme les jurats, parmi les gentilshommes, les avocats et les marchands. Leur mandat normal durait quatre années.

Sans doute, cette organisation ne fonctionna guère mieux que quelques autres nouveautés introduites par les lettres patentes de mai 1767. Du moins, les douze conseillers fu-

[1] Arrêt du Conseil du 5 novembre 1715.

Digitized by Google

rent supprimés au bout de cinq ans, et les trente-deux notables diminués d'un quart. En outre et en même temps, par une dernière usurpation centralisatrice, le roi se réserva de nommer les notables futurs dans les formes où il désignait les membres du corps de ville, c'est-à-dire : sur la présentation d'une liste de candidats.

Depuis, la constitution des assemblées de Bordeaux se maintint sans changement jusqu'en 1789.

Les seules réformes que l'on fit dans le personnel administratif de la ville, pendant ce court laps de temps, ne portèrent que sur les agents de la municipalité.

En effet, pour exécuter les ordres des maire et jurats, pour suffire à tous les services de la commune et pour veiller à l'observation des statuts, il était indispensable qu'il y eût des fonctionnaires de plus en plus nombreux, à mesure que la cité voyait croître sa population, et que l'hôtel de ville s'efforçait de pourvoir plus complétement aux besoins publics, matériels et moraux. Toutefois, ces raisons ne sont pas les seules qui expliquent la multiplication progressive que nous allons constater depuis le moyen âge jusqu'à la Révolution française. Et, par exemple, n'est-il pas naturel que, tant que la jurade compta cinquante, vingt-quatre ou même douze membres, ceux-ci aient suffi à bien des emplois qu'ils durent confier à d'autres dès qu'ils furent réduits à six.

Pendant les premiers siècles, nous ne trouvons guère autour du corps de ville qu'un *notaire*, des *changeurs* et des *courtiers*, un *encanteur*, des *portiers* et des *sergents*, des *percepteurs* ou *receveurs* de taxes, une vingtaine de *visiteurs*, plus le *bourreau, roi des Ribauds* et des ribaudes. Encore certaines de ces charges étaient-elles remplies, non par des employés, mais par des *coadjuteurs*, bons et notables bourgeois que les jurats y déléguaient tour à tour et d'année en année. Malheureusement, plus tard, le zèle des Bordelais finit par s'attiédir; de telle sorte qu'il fallut renoncer au concours des simples citoyens, et les remplacer dans le service par des fonctionnaires proprement dits[1].

Sous les règnes de François Ier et de Henri II, on remarque

[1] J. d'Arnal, *Supplément des Chroniques...*, p. 43.

Digitized by Google

un développement notable dans le personnel de la sûreté, de l'hygiène et de l'instruction publiques. La ville a un *guet*, placé sous les ordres d'un *capitaine*, qu'un acte du temps qualifie poétiquement d' « ung homme appartennant à la nuict [1] ». Des préposés spéciaux assurent le nettoyage des fontaines et des rues. Le célèbre *Collége de Guyenne* est créé et dirigé par un *principal* que l'administration subventionne. On peut voir dans les lettres patentes d'août 1550 une liste fort curieuse des agents que salariait alors la commune.

Au reste, dès cette époque, il y avait, en outre, tous ou presque tous ces *officiers de police* qu'un acte de 1691 déclare « nécessaires pour la facilité du commerce », et dont voici la nomenclature complète : « *poissonniers*, *taverniers*, *mesureurs de sel*, *compteurs de poisson*, *jaugeurs*, *empacqueurs*, *marqueurs de vin*, *visiteurs de grains*, *sacquiers*, *visiteurs de rivières*, *enquanteurs*, *taxeurs de poisson*, *auneurs*, *raffineurs*, *marqueurs de poids et mesures* [2]. » Le chroniqueur Jean d'Arnal nous fournit des détails sur la plupart de ces charges. Ainsi il nous apprend que les poissonniers « ont soin de faire que les bourgeois soient pourveus, chacun selon son rang et qualité, et doivent servir Messieurs du Parlement des premiers »; et que les taxeurs de poisson « prennent soin de conserver les droits » des maire et jurats sur les saumons et les esturgeons [3]. — On devine ce que le commerce gagnait en « facilité » à l'existence d'un semblable contrôle !

Pour le XVIIe siècle, c'est surtout dans les arrêts du Conseil du 19 janvier 1669 et du 8 juillet 1670 que l'on peut suivre les modifications dont nous résumons l'histoire. Nous n'y relèverons qu'en passant la mention d'un *professeur de mathématiques*, dont la chaire avait été fondée, dès 1591, par François de Foix-Candale, évêque d'Aire. Mais nous devons insister sur les réductions que l'autorité supérieure se proposa d'opérer par l'arrêt de 1670. Voulant diminuer les dépenses municipales de Bordeaux, elle retrancha les gages de certaines charges, plus ou moins indispensables, dont les titulaires étaient payés par la commune. Seulement ces réformes ne furent pas toutes également discrètes, et, par

[1] Lettres patentes du 22 avril 1558.
[2] Lettres patentes du 9 octobre 1691.
[3] *Supplément des Chroniques...*, p. 37.

Digitized by Google

suite, durables. L'une d'elles, entre autres, eut pour effet de supprimer le service des incendies dans une ville où elles étaient déjà fréquentes, « à cause que les planchers des maisons sont d'un bois de sapin qui prend feu fort aisément [1] ». Il fallut, bien entendu, revenir au plus tôt sur des économies si malencontreuses, et réparer des erreurs trop naturelles de la part d'une administration centrale qui entreprend de statuer sur les moindres intérêts locaux. L'arrêt de 1670 n'en resta pas moins longtemps en vigueur dans son ensemble, sans, d'ailleurs, empêcher l'institution de nouveaux fonctionnaires dépendants des maire et jurats.

Nous signalerons ici une charge qui existait bien avant Louis XIV, mais qui fut transformée sous son successeur. Dès le XVIe siècle, la ville avait à Paris un *solliciteur* pour ses procès. Vers 1740, ce solliciteur devint un *chargé des affaires de la ville à Paris et à la suite de la Cour*. Alors que les communications n'étaient pas faciles et rapides, il était indispensable que Bordeaux eût un délégué permanent auprès des ministres et du Conseil d'État. Ne fallait-il point que ses intérêts fussent défendus sans cesse dans la capitale, où se décidaient souverainement toutes les affaires de la province?

Un peu plus tard, mais encore pendant le règne de Louis XV, on reconnut l'insuffisance des services qui présidaient au maintien de l'ordre; si bien que le *guet à cheval* fut organisé en 1758, et qu'en 1759, douze *commissaires de police* furent établis dans la cité, ou, pour mieux dire, rétablis, puisqu'ils y avaient existé déjà au commencement du XVIIe siècle [2].

Enfin, on constate, grâce à l'arrêt du Conseil du 4 octobre 1779, qu'à la veille de la Révolution, l'hôtel de ville payait des chirurgiens spécialistes, pour opérer gratuitement les pauvres, et subventionnait des instituteurs primaires : Frères des Écoles chrétiennes et Dames de la Foi.

Ces deux faits caractéristiques témoignent des sentiments dont s'inspiraient alors les administrateurs de Bordeaux, et closent avec honneur la série des développements que les maire et jurats donnèrent sous l'ancien régime au personnel des employés, directs ou indirects, de la ville.

[1] Arrêt du Conseil du 25 février 1679.

[2] J. d'Arnal, *Supplément des Chroniques...*, p. 43.

Digitized by Google

IV

Si l'on en croit une tradition locale, le premier siége de la municipalité de Bordeaux n'eût été qu'une simple maison que l'on montrait encore, il y a cent ans, dans la rue Saint-Pierre[1].

Mais les maire et jurats entreprirent, dès le commencement du XIIIe siècle, la construction d'un hôtel de ville, situé à l'ouest de l'église Saint-Éloi; d'où les noms qui lui furent donnés de *Domus Sancti Elegii* ou d'*Ostau comun de Sent-Ylege*. Cet édifice, situé sur le rempart qui protégeait alors la cité du côté du sud, s'étendait jusqu'à la rue du Cahernan, et occupait un vaste parallélogramme de deux cent cinquante et quelques mètres de long, sur plus de cinquante mètres de large. La partie la plus remarquable en était l'entrée, flanquée de six tours puissantes, dont deux subsistent encore, et forment la belle porte de la Grosse-Cloche. L'ouvrage ne fut achevé que vers le milieu du XVe siècle, et faillit n'avoir qu'une courte existence. Nous avons rappelé déjà que les commissaires chargés de châtier les excès dont la capitale de la Guyenne se rendit coupable en 1548 ordonnèrent le rasement de son hôtel de ville. Cette condamnation inepte ne reçut qu'un commencement d'exécution. On finit même par obtenir de Henri II et de Charles IX que l'édifice serait rétabli dans son premier état, avec l'horloge (1557) et même avec la cloche (1561) que l'on en avait arrachées.

Dans la suite, et par une sorte de fatalité qui dure encore, des incendies éclatèrent à plusieurs reprises dans la maison municipale de Bordeaux.

Au XVIIIe siècle, elle était dans un état de délabrement général, puisqu'un arrêt du Conseil nous apprend qu'elle n'offrait « aux yeux...» qu'un amas de masures antiques et de « bâtiments qui » n'avaient « aucun rapport entre eux, et qui » étaient même « prêts d'écrouler[2] ». En conséquence une reconstruction sur place fut autorisée par Louis XV, et les travaux furent commencés quelque temps après. Mais on les

[1] Dom Devienne, *Histoire de Bordeaux* (Bordeaux, Lacaze, 1862), t. II, p. 198.

[2] Arrêt du Conseil du 23 septembre 1755.

Digitized by Google

suspendit presque aussitôt; si bien que le corps de ville n'avait pas changé de siége en 1789.

Ce fut l'année suivante que la municipalité quitta son antique demeure, pour se transporter dans ce *Collége des Jésuites* ou *de la Madeleine*, qui, après avoir donné asile, tour à tour, à divers services administratifs, civils ou militaires, va maintenant devenir le Lycée et être consacré de nouveau à l'enseignement de la jeunesse.

Il ne faut pas confondre l'hôtel de ville, dont il vient d'être question, avec un autre hôtel que les Bordelais d'autrefois désignèrent longtemps sous le nom de *Mairerie*. Comme ce nom l'indique, cet édifice servait de logement au chef de la commune. La Mairerie primitive s'élevait non loin de la Maison de Saint-Éloi, sur l'emplacement actuel de l'église Saint-Paul. Mais, en 1662, elle fut échangée contre une vaste habitation de la rue Porte-Dijeaux. Seulement, la Mairerie nouvelle fut à peine visitée, par quelques-uns de ses hôtes naturels, qui, alors, ne mettaient guère plus les pieds dans la ville. Elle fut généralement occupée par les gouverneurs et les commandants de la Guyenne, de sorte qu'on l'appela bientôt l'*Hôtel du Gouvernement*. En revanche, d'ailleurs, les maires touchaient une indemnité, plus ou moins forte selon l'époque, indemnité de logement qu'ils dépensaient à Paris, ou partout ailleurs qu'à Bordeaux.

Ce n'était point, du reste, le seul bénéfice que leur rapportât leur charge.

Nos administrateurs n'avaient pas, en effet, avant la Révolution, ce désintéressement dont le droit moderne fait un devoir aux magistrats municipaux. Bien entendu, nous ne parlons pas du procureur-syndic, du clerc de ville et des autres fonctionnaires permanents. Il est évident qu'on ne pouvait point exiger d'eux que, renonçant à toute profession lucrative, ils passassent leur vie à servir gratuitement la commune. Mais les maire, lieutenant de maire et jurats eux-mêmes n'entendaient pas davantage vaquer sans salaire aux affaires de la cité. C'est, du moins, ce que nous constatons pour les derniers siècles de l'ancien régime.

Au moyen âge, il n'en était pas tout à fait de même; car un traitement ou des revenus analogues semblent n'avoir été attribués alors qu'au chef de la commune et aux jurats qui

Digitized by Google

remplissaient des charges accessoires : celle de prévôt, par exemple.

Mais, pour les temps postérieurs, des lettres patentes de Henri II établissent que tous les membres du corps de ville indistinctement touchaient des gages en 1548. Ceux du maire et des jurats furent, il est vrai, supprimés deux ans après, ou, pour mieux dire, réduits « à deux robbes l'an », aux couleurs de la ville. Seulement, cet état de choses ne fut pas de longue durée. Certains actes prouvent qu'il était modifié depuis longtemps dès le commencement du XVIIe siècle.

Lorsque Louis XIV eut rétabli un maire à Bordeaux, il lui alloua (1655) un traitement de 8,000 livres sur les fonds du trésor. Par la suite, la caisse municipale dut fournir des suppléments annuels. Ainsi, le vicomte de Noé recevait de ce chef seul, en 1770, 3,000 livres de gages et 2,400 pour le logement.

Quant aux jurats, nous lisons dans un document de 1621 : « Ils ont le droit de pourvoir aux offices d'icelle [ville], et même en tirent une légère commodité à leur profit, ainsi qu'ont toujours fait leurs prédécesseurs [1]. » Cette « légère commodité » était-elle déjà les 900 livres que chacun d'eux recevait en 1660 ? En tout cas, ils jugeaient la somme très-insuffisante lorsqu'ils adressaient au roi les doléances naïves qu'un arrêt du Conseil nous a conservées. Il y est dit que leurs gages ne sont pas en rapport avec les sacrifices qu'ils sont tenus de faire ; « ce qui expose les hommes de la plus grande vertu à des rudes épreuves, quand ils sont pressés par la nécessité, particulièrement dans un temps auquel ils sont obligés à donner au public des témoignages de leur... bonne conduite [2] ». L'épreuve devait être rude, en effet ; trop rude même, si l'on en croit un intendant illustre. Dans une lettre fort curieuse, mais peu bienveillante, M. de Tourny père assure que « l'expression de *deniers aveugles* a passé en proverbe à Bordeaux », et qu'elle est appliquée à des fonds « que les jurats perçoivent ; dont ils disposent sans que personne y voie clair ; et de la plus grande partie desquels ils font leur

[1] Lettres du 17 juin 1721.
[2] Arrêt du Conseil du 17 novembre 1660.

Digitized by Google

profit[1] ». Pour les mettre à l'abri de la tentation, il fut décidé, en 1758, que leurs gages seraient portés à 2,000 livres.

Vers la même époque, le lieutenant de maire touchait 3,000 livres dont 1,000 pour le logement[2]; le procureur-syndic, 4,500; et le clerc de ville, 2,400.

Notons que les membres du corps de ville, en dehors de leurs gages, percevaient, à divers titres, des redevances qui n'étaient pas à dédaigner.

Peut-être Saint-Simon exagère-t-il en disant que la mairie de Bordeaux était « de 20,000 livres de rente[3] » au commencement du XVIIIe siècle. Mais il est sûr que le titulaire de cette charge et ses collègues jouissaient de plusieurs *honorifiques* considérables. L'un, que nous avons mentionné plus haut, leur était attribué sur le poisson; et cela, par l'usage, malgré un arrêt formel et contraire. Un autre était dû, en café, sucre et bougie, par les nouveaux bourgeois, au moment de leur réception. De plus, à ces bénéfices plus ou moins réguliers, s'en ajoutaient d'exceptionnels, tels que les partages de tentures que les jurats faisaient entre eux, à la suite de certaines cérémonies.

Ce grappillage, qui nous choque, n'étonnait pas trop jadis, même de la part d'administrateurs auxquels auraient pu suffire tant de priviléges d'un autre ordre.

Que de satisfactions n'avaient-ils pas, pour leur vanité, par exemple!

Et d'abord, ils s'intitulaient *gouverneurs de Bordeaux*, *comtes d'Ornon* et *barons de Veyrines*. Puis, les grands établissements de la ville reconnaissaient leur patronage. *Patrons de l'Hôpital de Saint-André*, *Patrons de l'Université*, *Patrons du Collège de Guyenne*, etc.; ils l'étaient aussi des quatre chapelles de Linars, fondées dans l'église collégiale du faubourg Saint-Seurin. Et ils tenaient aux honneurs qui leur revenaient de ces patronages! S'il y avait quelque épreuve solennelle dans l'Université, il fallait les y inviter respectueuse-

[1] Lettre à M. de Courteille, du 28 juillet 1752 (Archives départementales de la Gironde, série C, n° 1069).

[2] Un arrêt du Conseil du 11 février 1785 accorda plus tard à M. du Hamel une augmentation de 3,000 livres.

[3] *Mémoires* (Paris, Hachette, 1857), t. XV, p. 63.

Digitized by Google

ment, et les y *compeller* en ces termes : « *Sex viri vigilantissimi !* »

Mais c'est surtout dans les fêtes publiques qu'éclatait leur magnificence. La *Chronique* l'affirme, non sans fondement. « Il n'y a ville en France, dit-elle, où les magistrats populaires paroissent plus quand ils marchent en corps [1]. » Précédés d'un *chevaucheur*, de *trompettes* et de *massiers* aux splendides costumes, ils s'avançaient, avec les soldats du guet pour escorte, drapés noblement dans leurs *robes de livrée*, blanches et rouges, dont l'étoffe précieuse variait avec les circonstances. Ce n'est pas tout : dans les cérémonies où ils se rencontraient avec des gentilshommes, « ils tenaient la tête », et s'asseyaient, s'il y avait lieu, « au haut bout des nobles [2] ».

Mentionnons aussi : le portrait qu'on faisait de chaque jurat; le titre de *citoyen* qu'il conservait indéfiniment, en sortant de charge; et cette évocation, avec renvoi au siége présidial de Libourne et au Grand Conseil, que Louis XIV avait accordée à tous les officiers de l'hôtel de ville, à leurs femmes et à leurs enfants, pour les soustraire à la haine proverbiale des juges ordinaires et surtout du Parlement de Bordeaux (1661 et 1709).

Enfin, il nous faut mettre en ligne de compte la chance d'être député par le tiers état de la province, de préférence à tous autres, en cas de convocation des états généraux, et celle d'être anobli, quand, par exemple, le roi ou quelqu'un de sa famille venait à traverser la cité.

Tels étaient les avantages dont bénéficiaient indistinctement les membres du corps de ville, sans parler des prérogatives auxquelles le maire prétendait seul, et dont on trouve une indication précise dans les *Recherches historiques* de Marie de Saint-Georges [3].

V

Il nous reste maintenant à traiter d'une matière plus grave, des attributions si diverses qu'avaient autrefois les autorités municipales de Bordeaux.

Ces attributions ne cessèrent jamais d'être fort impor-

[1] J. d'Arnal, *Supplément des Chroniques...*, p. 39.

[2] Tillet, *Chronique bordeloise*, p. 1 et 186.

[3] Marie de Saint-Georges de Montmerci, *Recherches historiques sur l'office de maire de Bordeaux* (à Madrid [?]), 1785.

Digitized by Google

tantes; mais elles le furent surtout tant que le duché de Guyenne appartint aux rois d'Angleterre.

Vassaux de princes qui ménageaient prudemment des sujets trop éloignés d'eux, les maire et jurats finirent par exercer presque tous les pouvoirs des chefs d'une république indépendante. Ils ne se bornaient pas à régler, comme administrateurs et comme juges, les intérêts particuliers de la ville et les droits de ses habitants. Leur action s'étendait au dehors, sur toute la province, et bien au delà.

Des registres du xve siècle nous les montrent envoyant à la guerre des troupes bourgeoises ou même des hommes d'armes pris à leur solde, et négociant des trêves ou des alliances entre eux ou des étrangers, Français ou Espagnols. Sans doute, en général, ils se concertaient sur leurs desseins avec le sénéchal et les conseillers du roi, représentants du souverain dans le duché. Mais leur attitude n'était rien moins qu'humble et passive à l'égard de ces hauts fonctionnaires. Toutes les fois que de grandes mesures politiques devaient être débattues à Bordeaux, ils avaient voix au chapitre, et souvent voix prépondérante, en fait, sinon en droit. Les seigneurs du midi de la France l'ignoraient si peu, du reste, que c'était au corps de ville, directement, qu'ils s'adressaient lorsqu'ils désiraient obtenir l'appui de la capitale de la Guyenne.

Après les événements de 1451 et 1453, cet état de choses changea sans retour. Les rois de France ne se contentèrent point de ramener la municipalité de notre ville à ses fonctions naturelles, ni même de gêner son initiative légitime par des règlements trop étroits. Ils la placèrent sous la tutelle continue, et souvent jalouse, de tribunaux, d'officiers et de commissaires établis à Bordeaux pour défendre ou servir les intérêts du pouvoir central. C'est ainsi que, du xve siècle au xviie, les maire et jurats virent successivement arriver une cour de parlement, des gouverneurs de province, des intendants de justice, police et finances, qui exercèrent sur tous leurs actes un contrôle de plus en plus minutieux. Ils conservèrent, sans doute, le droit de statuer sur un grand nombre d'affaires de presque tous les genres, mais jamais en dehors d'un recours possible à l'autorité supérieure, qui réformait à sa guise les mesures édictées par eux.

Digitized by Google

Quant à la politique étrangère, il va de soi qu'elle dut leur être radicalement interdite par une dynastie qui s'efforçait d'assurer l'unité, l'intégrité de la France.

En revanche, *gouverneurs* de la ville, ils se maintinrent dans le commandement des *troupes bourgeoises*, sorte de garde nationale qui subsista jusqu'en 1789, sauf pendant les quelques années où les armes furent retirées aux Bordelais, à la suite de troubles locaux (1548 et 1675). Le maire ou son lieutenant, aidé d'un major, était le chef auquel obéissait toute cette milice. Au XVIIIe siècle, elle se divisait (sans compter l'artillerie) en six régiments, dont chacun avait un jurat pour colonel, et en une quarantaine de compagnies, dont la municipalité nommait les capitaines, lieutenants et autres officiers. Pendant les temps modernes, les troupes bourgeoises ne furent guère employées qu'à la garde de la ville et à des services de parade. Cependant, elles firent même alors quelques campagnes au loin, notamment sous Louis XIII, contre les Espagnols.

Bien entendu, la milice n'avait rien de commun avec le *guet*, qui relevait aussi des maire et jurats, mais en tant qu'ils étaient magistrats de police.

C'est en cette qualité, d'ailleurs, que nos administrateurs municipaux conservèrent toujours le rôle le plus actif et le plus efficace, même quand le prince eut exagéré leur dépendance. Et, en effet, que ne comprenait-on alors sous ce nom de *police?* C'étaient la sûreté générale, l'ordre et l'hygiène, les hôpitaux, la voirie, les travaux d'utilité ou d'embellissement, la surveillance du commerce et de l'industrie, les spectacles, et jusqu'a l'instruction publique.

L'importance qu'avaient à Bordeaux certains de ces objets permet d'expliquer que, par deux fois (1572 et 1621), on en confia la charge à des *Chambres* spéciales, où le corps de ville ne figurait que par délégués, et où dominait l'influence de l'ordre judiciaire, du Parlement surtout. Mais cette organisation fut de courte durée. Les maire et jurats reprirent bientôt toutes leurs attributions de police, c'est-à-dire, outre l'administration proprement dite, le droit de publier des règlements, et celui de châtier les contraventions qui se commettraient. La théorie, inconnue ou méconnue, de la séparation des trois pouvoirs n'empêchait pas encore de les

Digitized by Google

confondre. Il paraissait naturel, jadis, de les remettre tous ensemble, dans une certaine mesure, entre les mains des magistrats auxquels appartenait la juridiction *politique*, pour nous servir de l'expression de l'époque.

Cette juridiction politique fut la seule que Henri II rendit aux maire et jurats de Bordeaux en rétablissant la commune.

Auparavant, et dès le XIIIe siècle, ils exerçaient aussi la civile et la criminelle, excepté dans les cas réservés aux officiers du roi. La charte par laquelle Philippe-le-Bel confirma spécialement leurs priviléges à cet égard (1295) prouve que leur ressort s'étendait sur toute la banlieue, y compris les eaux de la Garonne. Leur cour ou *Cour de Saint-Éloi* ne connaissait même (du moins, en première instance) que des affaires d'une certaine gravité, et abandonnait les autres à des magistrats subalternes : *prévôts de la Ville*, *d'Eyzines* et *d'Entre-deux-Mers*.

Telle était la juridiction que les chefs de la commune possédaient à Bordeaux au moyen âge, mais qu'ils perdirent sous le règne de Henri II. Jamais, dans la suite, ils ne la recouvrèrent en entier. Si les procès criminels leur furent attribués de nouveau par les lettres patentes de 1560, ce ne fut qu'en concurrence avec le lieutenant spécial en la sénéchaussée de Guyenne. Et, quant à la justice civile, c'est à peine si Charles IX et les successeurs de ce prince leur permirent de la reprendre dans les seigneuries de la ville, non dans la ville elle-même. Les maire et jurats déléguèrent, du reste, des *assesseurs* ou des *juges* pour exercer depuis lors les fonctions qui ne leur revenaient que diminuées de la sorte.

Les appels de la cour municipale étaient portés en Parlement, sauf pour quelques affaires qui concernaient d'autres cours supérieures, celle des aides, par exemple, en raison de la nature administrative du litige.

En effet, les maire et jurats avaient une compétence exceptionnelle par rapport aux difficultés de cette nature, et notamment quant au contentieux de certaines taxes. Ce fut là une des attributions financières qu'ils retinrent jusqu'en 1789. Il y en eut d'autres, en revanche, et de plus considérables, qui leur furent enlevées bien auparavant par les rois de France.

Au commencement du XVe siècle, nous les voyons établir

Digitized by Google

librement des impôts, avec le seul consentement des bourgeois de la ville; diriger la perception; choisir leur trésorier; dépenser, comme ils l'entendent, les deniers municipaux; et ne faire procéder à la vérification des comptes que par des *auditeurs* qu'ils désignent eux-mêmes.

Que de changements ne constatons-nous pas à la veille de la Révolution !

C'est le souverain qui, de neuf ans en neuf ans, accorde, *octroie* à la commune le droit de percevoir les taxes qui lui sont nécessaires, indispensables. A mesure que les recettes s'effectuent, des états mensuels doivent en être remis à l'intendant de la généralité. Si le trésorier meurt ou quitte sa charge, son remplaçant est choisi par le roi, sur une liste de candidats qu'on lui présente. Quant aux dépenses, les ordinaires sont réglées par des arrêts du Conseil, et les extraordinaires ne peuvent être acquittées qu'avec l'autorisation de l'intendant, agent du Conseil, ou avec celle du Conseil lui-même. Enfin, pour ce qui regarde les comptes, c'est encore au contrôle de l'intendant que les maire et jurats sont soumis; sans parler de la surveillance, moins effective, qu'exerce également sur eux le Parlement de Bordeaux.

On le voit : une subordination complète a fait place à l'indépendance des temps anciens.

Nous constaterons, cependant, qu'une des pratiques les plus libérales du moyen âge se maintint à travers les siècles. Toutes les fois qu'il s'agissait, même sous Louis XV et Louis XVI, d'un emprunt ou d'un impôt nouveau, le corps de ville n'en délibérait pas seul, mais saisissait du projet, sinon tous les bourgeois, au moins l'Assemblée des Cent-Trente. On ne sollicitait qu'ensuite l'agrément du prince. D'ailleurs, c'était sur les mesures qui intéressaient les finances que les conseils administratifs de Bordeaux devaient surtout donner leur avis, d'après les règlements de l'époque. Les lettres patentes de mai 1767, en particulier, établissent à cet égard des principes qu'on peut rapprocher de ceux qui, de nos jours, président aux rapports des maires et des conseils municipaux.

L'importance du budget de la commune suffisait pour légitimer ces précautions. Des vingt et quelques mille livres auxquelles il s'élevait, vers 1400, dans les années les plus

Digitized by Google

ruineuses, il était monté peu à peu à un chiffre normal de sept ou huit centaines de mille, et davantage. Cette augmentation, qui, sans doute, tenait en partie au changement de la valeur des métaux précieux, avait pour cause principale l'extension successive des services administratifs.

Il avait fallu nécessairement développer les recettes en proportion des dépenses.

Une déclaration du 24 juillet 1734 renferme, à ce sujet, les renseignements les plus curieux[1]. Toutes les natures de biens et de taxes d'où la cité tirait ses ressources y sont énumérées, à propos des contestations qui pouvaient en naître. On divisait les deniers municipaux en deux catégories, selon qu'ils provenaient de l'*ancien domaine et patrimoine* de la ville, ou des *droits d'octroi* concédés dans les temps modernes par les rois de France. Mais les revenus les plus considérables de Bordeaux, quelle qu'en fût l'origine historique, étaient ceux que produisaient certains impôts indirects, établis sur la consommation du vin, de la résine et des bois des Landes, de la viande, du poisson, et d'autres denrées, et connus sous les noms de droits des *échats*, des *kas*, du *pied fourché*, du *tholozan pour franc* ou *pour saumade*, etc. Quant aux contributions directes, on n'y recourut jamais que par exception, et presque plus à partir des derniers siècles.

Remarquons ici que, parmi les recettes de la commune, figurèrent presque toujours des impôts qui n'atteignaient pas seulement la consommation locale, et qui frappaient les marchandises à l'entrée et à la sortie du pays, comme nos droits de douane actuels. Tels étaient, au moyen âge, la *grande et petite coutume*, confisquée depuis par Henri II; et, au XVIIIe siècle, les *sous pour livre* perçus dans les bureaux des fermes de la généralité tout entière.

En revanche, il est vrai, le budget de la ville supportait une foule de charges d'un intérêt général. De plus, le gouvernement obligeait sans cesse les Bordelais, sous une forme plus ou moins ingénieuse, à lui verser de très-fortes sommes. C'est ainsi qu'ils financèrent à quatre reprises, de 1715 à 1772, pour ravoir ou pour conserver leurs institutions par-

[1] Déclaration portant règlement entre la Cour de Parlement et la Cour des Aides de Bordeaux (art. 1 et 2).

Digitized by Google

ticulières. D'autres fois encore, ils durent procéder à des emprunts désintéressés, qui leur permettaient d'affirmer fièrement que leur « crédit » avait été « souvent employé avec succès pour les besoins de l'État[1] ». Les politiques de l'ancien régime connaissaient et pratiquaient déjà l'art d'exploiter au profit du trésor les caisses municipales[2].

Maintenant que nous avons fait connaître la multiplicité des fonctions des maires et jurats, est-il besoin d'ajouter qu'elle les exposait à des conflits incessants, avec les autorités de tous les ordres? Il y en eut de sérieux et de puérils. Il y en eut de violents, de sanglants même. Il y en eut surtout d'interminables, qui durèrent pendant plusieurs siècles. Tout était alors sujet à querelles, également ardentes, pour les autorités publiques : attributions respectives et questions de cérémonial.

Malheureusement, la concorde ne régnait pas toujours à l'intérieur même de l'hôtel de ville ! L'exemple que nous en avons donné précédemment est très-loin d'être unique. Ainsi, l'arrêt du Conseil le plus récent que nous ayons compris dans notre recueil intervint, à la veille de la Révolution, entre les jurats et le trésorier de Bordeaux, relativement aux droits honorifiques contestés à tort à ce dernier.

Un an après, moins quelques jours, l'Assemblée Constituante édictait cette loi du 14 décembre 1789, qui soumit à un régime uniforme et presque identique toutes les communes de France, qu'elles comptassent moins de cent habitants ou des centaines de mille. — Le temps des *privilegia* était passé.

H. BARCKHAUSEN.

[1] Arrêt du Conseil du 23 avril 1726.

[2] Lorsqu'on appliqua à Bordeaux l'article 91 de la loi du 24 août 1793, article qui attribuait à l'État les biens patrimoniaux et les dettes des communes, l'actif de la ville était de 14,885,848 l. 12 s. 5 d., et le passif de 7,378,468 l. 5 s. 9 d.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

DES FAILLITES,

LOI SPÉCIALE EN VIGUEUR EN AUTRICHE,

Traduite en annotée par M. Félix SALLES, avocat,
Traducteur impérial et royal, juré près la Cour supérieure de Vienne [1].

Compte rendu par M. Ch. LYON-CAEN,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

La loi autrichienne sur la faillite du 25 décembre 1868 (*Concurs-Ordnung*) est un précieux document pour l'étude de la législation commerciale comparée. Ses dispositions diffèrent assez profondément de celles du troisième livre du Code de commerce français. Elles en diffèrent surtout en un point fondamental.

Lorsqu'on considère les lois des divers peuples sur la faillite, au point de vue des personnes auxquelles elles s'appliquent, on s'aperçoit facilement qu'elles se divisent en trois grandes catégories, Les unes n'admettent la faillite que pour les commerçants: telles sont les lois française, belge, italienne, etc... D'autres, au contraire, admettent la faillite pour les non-commerçants comme pour les commerçants et consacrent exactement les mêmes règles pour tous les faillis : tel est le système de la loi allemande (*Conkursordnung*) du 21 février 1877 qui doit entrer en vigueur avec les grandes lois judiciaires au plus tard le 1er octobre 1879[2]. Enfin, d'autres lois, tout en reconnaissant que la faillite peut s'appliquer à toutes les personnes, consacrent à des points de vue plus ou moins importants, des règles différentes pour la faillite des commerçants et pour celle des non-commerçants. A cette catégorie appartiennent à la fois la loi prussienne encore en vigueur du 8 mai 1855, la loi anglaise (*Bankruptcy act*) du 9 août 1869 et enfin la loi autrichienne de 1868, dont

[1] Paris, Marescq jeune, libraire-éditeur, rue Soufflot, 25, 1877.

[2] La Société de législation comparée a compris dans la *Collection des principaux Codes étrangers* la loi allemande sur les faillites, qui sera traduite par MM. Bufnoir et Gérardin, professeurs à la Faculté de droit de Paris.

Digitized by Google

M. Salles nous a donné la traduction. Cette dernière loi a établi des différences si notables entre les deux faillites, qu'elle a dû consacrer deux titres distincts de sa deuxième partie sur la procédure de la faillite, à la procédure ordinaire de la faillite (*Ordentliches Concursverfahren*) et à la faillite des commerçants (*Kaufmännischer Concurs*). Ainsi notamment le concordat n'est admis que dans la faillite commerciale.

La traduction de M. Salles n'est malheureusement pas toujours parfaitement intelligible, elle est trop calquée parfois sur le texte allemand pour être bien française. Nous regrettons aussi que les annotations dont le texte est accompagné ne fournissent pas de renseignements sur les principales questions résolues par la jurisprudence. Malgré ces petits défauts, qui pourraient facilement être corrigés dans une seconde édition, la traduction de M. Salles peut être consultée avec fruit par tous ceux qui, ne connaissant pas la langue allemande, ont le désir d'étudier la loi autrichienne.

LYON-CAEN.

DES VOIES PUBLIQUES ET PRIVÉES

MODIFIÉES, DÉTRUITES OU CRÉÉES PAR SUITE DE L'EXÉCUTION DES CHEMINS DE FER.

Par M. Féraud-Giraud, président de chambre à la Cour d'appel d'Aix.

Compte rendu par M. E. Jobbé-Duval, agrégé à la Faculté de droit de Douai.

Les problèmes généraux soulevés par la construction et l'exploitation des chemins de fer ont été l'objet, dans ces dernières années, d'études nombreuses et approfondies. Si nos lois françaises du 15 juillet 1845 et du 11 juin 1859 ont trouvé des défenseurs convaincus et pleins de compétence, elles ont été, d'autre part, vivement attaquées. Nous n'avons pas à nous prononcer ici sur la valeur de ces critiques, formulées récemment encore à la tribune de la Chambre des députés. Mais le moment est certes bien choisi pour exposer notre législation et notre pratique administrative, en matière de chemins de fer, et permettre ainsi à chacun de se former une opinion raisonnée sur des questions célèbres et impor-

Digitized by Google

tantes entre toutes. Plusieurs jurisconsultes l'ont compris. Hier M. Aucoc nous présentait une excellente synthèse des principes de notre droit sur le sujet qui nous occupe. Aujourd'hui M. Féraud-Giraud, connu déjà par ses travaux antérieurs sur la voirie, consacre un volume de plus de 600 pages à résoudre certaines difficultés auxquelles a donné lieu, dans la pratique, la construction des chemins de fer.

Nous ne surprendrons personne en disant qu'une voie ferrée nouvelle ne peut être établie sans qu'il en résulte des changements profonds dans le réseau des chemins voisins de la voie. Ne faut-il pas d'abord que les gares de la compagnie soient accessibles aux voyageurs et aux expéditeurs de marchandises? Les ingénieurs devront donc relier par une avenue la gare à la rue la plus proche. La compagnie peut céder cette avenue à la commune. Elle évite ainsi des frais d'entretien et d'éclairage; mais elle s'expose à gêner les agrandissements ultérieurs de la station. Une autre méthode est quelquefois employée. La compagnie conserve la propriété de l'avenue. C'est seulement alors que des difficultés juridiques s'élèvent, dans l'état actuel des textes, sur le régime auquel sera soumise la voie de communication dont nous parlons. Rentrera-t-elle dans la petite ou dans la grande voirie? Dans ce dernier cas, les servitudes spéciales établies par la loi de 1845 grèveront-elles les propriétés riveraines? Les propriétaires des terrains en bordure sur l'avenue de la gare jouiront-ils des droits qui leur appartiendraient, sans conteste, s'il s'agissait d'une route nationale ou départementale; ou, au contraire la compagnie serait-elle autorisée à établir une barrière à l'extrémité de l'avenue et à refuser le passage aux riverains? Toutes ces questions, d'une certaine importance en théorie et en pratique, sont examinées dans le livre dont nous rendons compte. Elles ne forment pas cependant l'objet principal de l'étude à laquelle s'est livré M. Féraud-Giraud. Notre auteur s'est occupé, en première ligne, d'un sujet un peu différent du précédent, mais qui, comme ce dernier, est sur les limites de la théorie de la voirie et de la matière des chemins de fer. Ce sujet d'ailleurs est, à notre sens, moins technique et plus large qu'il ne semble au premier abord.

Lorsque le chemin de fer projeté sera construit, le sol de

Digitized by Google

la voie sera fréquemment à un niveau différent de celui des terrains en bordure. Par suite, la circulation deviendra impossible sur les chemins coupés par la ligne, et certaines portions d'immeubles seront isolées du centre d'exploitation, de la maison de ferme, par exemple. Supposez même que le pays soit remarquablement plat et uni, et les inconvénients que nous venons de signaler se retrouveront; car il est impossible d'autoriser les riverains et les personnes qui voyagent sur la route à traverser la voie ferrée à toute heure du jour ou de la nuit. Par suite, le législateur se trouve en présence d'intérêts contradictoires, qu'il a pour mission de concilier entre eux. D'une part, en effet, il convient de rétablir la circulation sur la route et de faire en sorte que la mise en culture des parcelles voisines de la voie ne soit pas impossible. D'autre part, les charges pécuniaires imposées à la compagnie ne doivent pas être trop lourdes, ni les entraves apportées à son exploitation trop considérables, sinon la cause du développement rapide des chemins de fer serait fort compromise.

Le problème ainsi posé est délicat, et il a reçu des solutions différentes dans les divers pays européens. La législation anglaise prend des précautions minutieuses, en vue de protéger les droits des particuliers et les intérêts de l'agriculture. C'est le Parlement qui, en principe an moins, détermine au moyen de quels travaux la compagnie rétablira la circulation. Les prescriptions législatives sont détaillées et formelles [1]. Les caractères de la législation française sur notre sujet sont tout autres. Les intérêts des riverains et des personnes morales propriétaires des chemins voisins de la voie sont moins bien défendus chez nous qu'en Angleterre. La part d'influence laissée à l'administration active est plus grande, et enfin il faut recourir aux principes généraux et à quelques rares dispositions insérées dans les cahiers des charges pour dégager la doctrine française sur ce point, fort important cependant.

[1] La législation anglaise sur notre sujet se trouve contenue dans les articles 46 à 75 de la loi de 1845 relative aux chemins de fer (8 et 9 Victoria, ch. xx, *Railways clauses act*). Voyez la traduction de cette loi dans le livre de M. Charles de Franqueville sur les *Travaux publics en Angleterre*, t. III, p. 103.

Digitized by Google

Après avoir ainsi indiqué les traits essentiels de notre législation française, voyons quelles sont les dispositions prises chez nous en vue de parer aux inconvénients que nous avons signalés plus haut. Le chemin coupé par la voie ferrée sera quelquefois l'objet d'un déclassement. Il sera *détruit;* quelquefois aussi il sera *modifié.* Les modifications prescrites par l'administration peuvent d'ailleurs être diverses. Ici le chemin franchira la ligne au moyen d'un passage à niveau, d'un passage sur rails ou sous rails. Là, afin de ne pas imposer à la compagnie des frais de surveillance trop lourds ou en vue de ne pas multiplier outre mesure les travaux d'art, un tronçon nouveau sera ajouté à la route. Ce tronçon, parallèle à la voie ferrée, sera destiné à relier le chemin au passage le plus proche. Ainsi la route sera ou détruite ou modifiée. Ce n'est pas tout. Par suite de l'exécution des travaux de la compagnie, des chemins nouveaux seront *créés.* Ces chemins desserviront les parcelles riveraines isolées par la voie ferrée et seront établis aux frais de la société concessionnaire.

Tels sont les changements qui pourront être apportés dans le réseau des voies de terre, comme conséquence de l'ouverture de la ligne. Ces changements donnent lieu, dans la pratique, à un grand nombre de questions. La plupart sont d'ordre administratif. Quelques-unes cependant se rattachent soit au droit civil, soit même à la législation pénale. M. Féraud-Giraud examine avec soin toutes ces questions, que nous aurons tout à l'heure l'occasion d'indiquer d'une façon plus précise.

Nous avons ainsi fait connaître, aussi brièvement que nous l'avons pu, le sujet de notre auteur. Voyons maintenant quelle est sa méthode. Cette méthode est celle qui s'impose à tous les écrivains qui s'occupent de la voirie. Après quelques obobservations préliminaires, un peu courtes à notre gré, M. Féraud-Giraud consacre les trois premiers chapitres de son livre à se demander quelles sont les autorités chargées de statuer sur les travaux à exécuter par la compagnie et de les recevoir après leur confection. Le seul reproche que nous croyons devoir adresser à la doctrine de ces trois chapitres, c'est de ne pas tenir compte de la loi du 10 août 1871, article 86. Autrefois le préfet était seul compétent, en matière de classement et de déclassement des chemins vicinaux. Au-

Digitized by Google

jourd'hui c'est tantôt le conseil général, tantôt la commission départementale qui, à cet égard, est revêtue du pouvoir de décider. L'article 86 de la loi du 10 août 1871 a certainement modifié la législation antérieure sur notre sujet. Il y a là, selon nous, dans l'ouvrage dont nous rendons compte, une omission, légère d'ailleurs.

Dans son chapitre IV, notre auteur s'occupe du régime des voies modifiées ou créées par suite de l'exécution des chemins de fer. Ce chapitre IV est, à notre sens, le meilleur du livre. C'est à cette place que M. Féraud-Giraud énumère les servitudes de voirie, qui grèvent les propriétés riveraines des routes dont nous parlons. C'est là aussi qu'il formule sa doctrine sur le point de savoir aux frais de qui ces routes seront entretenues. Cette doctrine nous paraît neuve et parfaitement acceptable dans l'état actuel des textes. Nous nous y rallions, quant à nous. Signalons enfin une très-bonne étude sur les limites exactes des terrains soumis aux règles spéciales de la loi de 1845. Il y a là une discussion consciencieuse et fine sur le sens qu'il faut donner à ces mots « dépendances des chemins de fer ».

Après avoir ainsi examiné quelles sont les autorités compétentes en notre matière et quel est le régime de nos chemins, M. Féraud-Giraud arrive dans son chapitre V à l'étude des indemnités, qui peuvent être dues par la compagnie. D'après notre auteur, est-ce un particulier qui est lésé, celui-ci sera admis à se pourvoir devant les tribunaux, mais seulement si le dommage est direct et matériel. Supposons-nous en sens inverse que les remaniements opérés dans les voies de communication nuisent à un département ou à une commune, ni ce département ni cette commune ne pourront en principe intenter une action contre la compagnie. Nos personnes morales devront, par exemple, supporter, sans se plaindre, une augmentation dans les frais d'entretien de leurs routes. C'est la doctrine du Conseil d'État; mais M. Féraud-Giraud donne à cette doctrine de très-larges développements. Ce système de la jurisprudence administrative ne nous paraît pas à l'abri de toute critique. Nous sommes, à la vérité, forcés de reconnaître, et nous le faisons à regret, que les principes généraux conduisent à refuser au département et à la commune la réparation qui leur serait légitimement due. Mais

Digitized by Google

nous ne voyons pas pourquoi, lorsque le demandeur est un particulier, on n'appliquerait pas purement et simplement l'article 1382 du Code civil.

Nous n'insisterons pas sur le chapitre VI. Il est relatif au contentieux. Nous aurions à examiner ici des questions générales et bien connues. Ces questions, d'ailleurs, ne sont pas approfondies d'une façon spéciale par notre auteur. A la fin du chapitre VI, M. Féraud-Giraud aurait pu considérer sa tâche comme accomplie; car les questions traitées dans le chapitre VII sont relatives à la police de la voie ferrée et particulièrement à celle des passages à niveau, et par suite ne se rattachent que d'une façon indirecte au sujet principal du livre. Et quant à la théorie générale des chemins de fer américains ou tramways, par laquelle se termine l'ouvrage, n'est-ce pas ici un hors-d'œuvre?

Aucun lecteur cependant ne songera, croyons-nous, à reprocher à M. Féraud-Giraud d'avoir écrit les cent dernières pages de son traité. Les accidents survenus sur les passages à niveau se sont en effet multipliés dans ces derniers temps. Un grand nombre d'actions civiles en responsabilité ont été intentées contre les compagnies, et quelques procès criminels sont venus rappeler à la prudence et à l'observation des règlements les particuliers et les employés de chemins de fer. M. Féraud-Giraud a fait, pensons-nous, une œuvre utile, en analysant les arrêts les plus récents sur ce sujet. Nous approuvons également la doctrine de notre auteur, sur le point de savoir quand la compagnie a rempli son obligation de se clore. Ses clôtures doivent, à notre avis comme au sien, protéger efficacement la voie contre les incursions des animaux domestiques appartenant aux riverains. Les concessionnaires du chemin de fer n'obéiraient pas aux prescriptions de leur cahier des charges, s'ils se bornaient à marquer, au moyen de poteaux indicateurs et de quelques fils de fer, les limites du domaine public et du domaine privé. La jurisprudence est en sens contraire; mais des arguments de texte et des considérations tirées de l'intérêt de l'agriculture doivent, selon nous, donner gain de cause à l'opinion de M. Féraud-Giraud.

Ainsi, nous sommes d'accord avec notre auteur sur la plupart des controverses dont il s'occupe dans son cha-

Digitized by Google

pitre VII. Notre dissentiment avec lui s'accuse, au contraire, relativement à la théorie des tramways. Dans le troisième volume de ses *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, M. Aucoc a résumé, en se l'appropriant, la doctrine du Conseil d'État sur le point de savoir quelles sont les autorités chargées de concéder les lignes de tramways. D'après ce jurisconsulte, dans tous les cas et sans distinction aucune, la concession doit être faite par un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique. M. Féraud-Giraud se rallie, lui aussi, à la jurisprudence du Conseil d'État. Nous ne pensons pas, au contraire, que cette jurisprudence doive être approuvée; selon nous, la difficulté doit être résolue de la façon suivante. La législation sur les chemins de fer ne doit pas être étendue à notre hypothèse. Nul ne peut le contester. Dès lors, en l'absence d'un texte, les principes généraux sur l'exécution des travaux publics sont applicables dans notre cas. Le tramway doit-il emprunter exclusivement le sol de rues appartenant à une même commune, le conseil municipal de cette commune aura seul l'initiative de la concession. Les règles de la tutelle administrative seront d'ailleurs observées. S'il s'agit d'un tramway départemental, nous reconnaîtrons au conseil général des pouvoirs analogues à ceux que nous venons d'accorder plus haut au conseil municipal. Observons que d'après la loi du 10 aout 1871, article 89, plusieurs conseils généraux pourraient s'entendre pour établir à leurs frais sur leurs routes départementales un tramway d'intérêt commun. En sens inverse, un décret rendu après avis du Conseil d'État devra intervenir, selon nous, lorsque les voitures du chemin de fer américain sont destinées à circuler sur une route nationale, ou encore sur une route départementale et sur une voie de communication communale, ou enfin sur des chemins appartenant à plusieurs communes. Telle est notre doctrine; elle est, sauf quelques légères nuances, conforme à celle qui a été développée ici même par M. Barckhausen (*Revue critique*, 1877, p. 325). Nous souhaitons d'ailleurs que le projet annoncé par une circulaire récente du ministre des travaux publics[1] soit bientôt adopté et mette fin à la contro-

[1] Ce projet a été déposé par le ministre des travaux publics, sur le bureau du Sénat, dans la séance du 29 avril 1878. Voyez notamment l'article 2 de ce projet.

Digitized by Google

verse dont nous venons de dire un mot. Nons avons ainsi fait connaître l'opinion de notre auteur sur les questions diverses étudiées dans son livre. Il ne nous reste plus qu'à formuler notre jugement d'ensemble sur l'ouvrage, dont nous avons rendu compte.

Le travail de M. Féraud-Giraud se recommande par des qualités sérieuses. Certaines parties du sujet sont fort bien traitées et le plus souvent les monuments de la jurisprudence sont analysés avec pénétration et finesse. Nous regrettons cependant que nos éloges ne puissent pas être sans réserves. Mais nous devons signaler le défaut d'idées générales, qui se fait sentir dans notre traité. L'auteur ne se préoccupe pas suffisamment de mettre en lumière les principes de notre droit, de les apprécier au point de vue rationnel et de les comparer avec ceux des autres législations européennes. Peut-être aussi l'exposition des doctrines de M. Féraud-Giraud eût-elle gagné à être condensée un peu davantage. Malgré ces quelques taches, l'ouvrage dont nous avons rendu compte atteindra, nous n'en doutons pas, le but que l'auteur avait visé en l'écrivant. Les administrateurs, les avocats, les membres des tribunaux le consulteront avec beaucoup de fruit. L'*Étude sur les voies publiques et privées modifiées, détruites, ou créées par suite de l'exécution des chemins de fer* complète dignement une série de travaux entrepris antérieurement par le laborieux et savant président de la Cour d'Aix. Elle tiendra une place honorable dans la littérature juridique entre le *Traité de la voirie* et l'*Exposé de la législation des chemins de fer par rapport aux propriétés riveraines*. A ce point de vue, M. Féraud-Giraud a accompli une œuvre utile et les lecteurs de la *Revue* nous sauront gré, croyons-nous, de leur avoir signalé ce nouveau livre.

ÉMILE JOBBÉ-DUVAL.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

ÉTUDE SUR LES LIBÉRALITÉS FAITES AUX ÉTABLISSEMENTS NON RECONNUS.

Par M. Marguerie, auditeur de 1re classe au Conseil d'État.

La question de la validité des legs faits aux établissements civils ou religieux, qui n'ont pas d'existence légale au moment du décès du testateur, a été souvent discutée et a donné lieu à des solutions fort opposées. Cela tient d'abord à ce que les faits peuvent varier; à ce que les établissements non reconnus ne sont pas tous dans la même situation, et à ce que les combinaisons adoptées par les testateurs peuvent être différentes : cela tient aussi à ce que l'autorité judiciaire et l'autorité administrative ont en cette matière le pouvoir de statuer, chacune à son point de vue. Sans doute l'autorité judiciaire a une compétence beaucoup plus étendue, et elle a le dernier mot sur la plupart des questions; mais comme en vertu de l'article 910 du Code civil, les libéralités au profit des établissements publics et des établissements d'utilité publique ne peuvent avoir leur effet sans l'autorisation du gouvernement qui est donnée sur l'avis du Conseil d'État, la question de capacité des établissements qui viennent demander l'autorisation doit nécessairement être examinée par le Conseil d'État. En effet, l'autorité administrative ne saurait délivrer des autorisations qui n'auraient d'autre résultat que de permettre à des établissements publics d'intenter ou de soutenir des procès perdus à l'avance; toutefois, il est bon de remarquer que lorsque la validité de l'acte de disposition est simplement douteuse, l'autorité administrative ne refuse pas d'ordinaire l'autorisation, qui seule permet aux établissements intéressés de faire valoir devant l'autorité judiciaire les droits qu'ils peuvent tenir de l'acte de disposition; en refusant l'autorisation, l'autorité administrative se substituerait en réalité à l'autorité judiciaire pour la solution de questions qui rentrent dans la compétence de cette dernière autorité.

Il n'est donc pas sans intérêt d'étudier la jurisprudence du Conseil d'État à côté de celle de la Cour de cassation, et

Digitized by Google

nous croyons pouvoir reprendre utilement l'examen d'une doctrine récemment discutée dans la *Revue* par M. Alfred Gautier à l'occasion d'un arrêt de la Cour de cassation du 8 août 1874[1].

Si l'on adoptait la thèse absolue soutenue par M. Gautier, il faudrait poser d'une manière générale cette règle qu'une libéralité faite au profit d'un établissement civil ou religieux, qui n'a pas une existence légale au moment du décès du testateur, n'est pas valable, et que, en conséquence, le gouvernement ne doit pas en autoriser l'acceptation.

Et cependant il y a des cas dans lesquels cette solution serait manifestement d'une rigueur excessive et profondément regrettable. Une libéralité est faite à un établissement non reconnu, mais qui est une dépendance d'un autre établissement autorisé, par exemple à une école privée tenue dans une commune par des religieuses qui font partie d'une congrégation reconnue. D'après une jurisprudence constante, admise sans contestation depuis 1861 par l'autorité administrative et par l'autorité judiciaire, la congrégation a pleine capacité pour accepter la libéralité faite au profit de l'école tenue par elle.

Autre espèce, peut-être plus délicate, et qui néanmoins est encore favorable. Une libéralité est faite en réalité au profit des pauvres; mais l'intermédiaire choisi par le testateur pour l'exécution de ses intentions charitables est une œuvre ou une association non autorisée. Faut-il laisser tomber à néant cette libéralité? N'est-il pas plus sage de faire intervenir le représentant légal des pauvres, le maire ou le bureau de bienfaisance, l'administration de l'Assistance publique à Paris? Ainsi, un legs avait été fait par une dame Leclerc à la crèche de Saint-Philippe-du-Roule, à Paris; d'après un avis du Conseil d'État du 7 décembre 1858, fondé sur ce que le legs était au fond fait au profit des mères pauvres du 1er arrondissement de Paris, un décret a autorisé le directeur de l'administration publique à accepter la libéralité pour être employée conformément aux intentions de la testatrice.

Ces différents points ont été examinés avec soin en 1859

[1] 1877, t. XLIII, p. 145, *Legs à un établissement non reconnu au décès du testateur*, par M. Alfred Gautier, professeur à la Faculté de droit d'Aix.

Digitized by Google

dans la *Revue* par M. de Baulny, alors auditeur au Conseil d'État[1]; nous n'y revenons pas, mais nous les signalons pour montrer combien les faits peuvent varier et motiver des appréciations différentes.

En écartant ces deux hypothèses pour se placer sur un terrain moins favorable, il faut étudier quel doit être le sort d'une libéralité faite à un établissement non reconnu au moment du décès du testateur, et qui ne peut être rattaché à un établissement déjà autorisé, ni être absorbé dans la personnalité de la commune.

Si l'établissement gratifié ne demande pas au gouvernement l'autorisation d'accepter le legs ni la reconnaissance comme établissement d'utilité publique, la solution ne peut être discutée; le legs est caduc. Mais il peut arriver que l'établissement, à l'occasion même de la libéralité qui lui est faite, demande la personnalité civile. La capacité accordée en pareil cas à l'établissement peut-elle avoir un effet rétroactif? C'est sur ce point spécial qu'il nous paraît utile d'examiner de près la jurisprudence et la doctrine.

Pendant longtemps le Conseil d'État s'est refusé à autoriser l'acceptation des libéralités faites avant leur reconnaissance légale aux établissements non autorisés, quelles que fussent les formes ou les conditions des actes de disposition. Voici en effet les passages essentiels de divers avis rendus de 1834 à 1838 :

« L'autorisation d'un legs ou d'une donation faits à un « établissement non encore autorisé impliquerait sa recon- « naissance à une époque où il n'existait pas légalement. « Elle ne peut donc être donnée, bien que cet établissement « ait été reconnu depuis. » (Avis du Conseil d'État, 14 mai 1834, 11 mai 1838.)

« L'autorisation ne peut pas être donnée, alors même que, « d'après les termes du testament ou de la donation, la libé- « ralité aurait été subordonnée au cas où l'établissement

[1] 1859, t. XIV, p. 237, *Des libéralités en faveur des établissements de bienfaisance non légalement reconnus*, par M. C. de Baulny, docteur en droit, auditeur au Conseil d'État. — Il faut consulter aussi l'étude approfondie publiée en 1858-1859, par M. de Salverte, auditeur au Conseil d'État, sous le titre : *Essai sur les libéralités en faveur des établissements publics ou ecclésiastiques.*

Digitized by Google

« viendrait à être autorisé. » Car « des motifs puissants d'ordre « public s'opposent à ce qu'une pareille clause puisse valider « une disposition nulle en elle-même, et présenter ainsi un « moyen trop facile d'éluder les lois qui ont voulu frapper « d'interdit les établissements ecclésiastiques dont l'existence « est illégale. » (Avis, 18 avril 1834.)

Le Conseil d'État se prononce souvent aujourd'hui pour l'autorisation par le même acte et de l'établissement lui-même, et des libéralités faites au profit de l'établissement.

A quelle époque faire remonter un changement aussi complet de jurisprudence? C'est assez difficile à indiquer d'une manière précise; car malgré nos recherches, forcément limitées par suite de la destruction des archives de l'ancien Conseil d'État, il ne nous a été possible de retrouver aucun avis de principe expliquant pour quels motifs le Conseil d'État avait cru devoir abandonner son ancienne opinion. Toutefois, au moment où M. de Baulny publiait dans la *Revue* l'article auquel nous nous sommes référé au début de notre étude, c'est-à-dire pendant les premiers mois de l'année 1859, la doctrine consacrée par les avis de 1834 et 1838 devait être encore acceptée sans contestation, puisque M. de Baulny faisant allusion au système qui a prévalu depuis cette époque, et pour lequel l'administration manifestait déjà des préférences, qualifiait de *singulière* l'interprétation donnée par l'administration à l'article 906 du Code civil, et rappelait qu'elle avait été toujours repoussée par le Conseil d'État, notamment par un avis du Conseil d'État du 11 juillet 1849, et par un avis de la section de l'intérieur du 23 septembre 1856. Or un décret du 16 août 1859, sur lequel nous aurons l'occasion de revenir en examinant la jurisprudence de la Cour de cassation, reconnaissait comme établissement d'utilité publique la Société d'agriculture, sciences et arts, du département d'Indre-et-Loire, et l'autorisait en même temps à accepter un legs fait à son profit par le sieur Dauphin, suivant testament du 20 août 1852, bien que le sieur Dauphin fût décédé le 20 décembre 1854. On peut donc dire, d'une façon à peu près certaine, que ce décret de 1859 était l'une des premières applications de la nouvelle jurisprudence, encore en vigueur aujourd'hui.

Toutefois, il faut reconnaître que dans bien des cas le con-

Digitized by Google

sentement des héritiers ou le défaut de réclamation a exercé une grande influence sur l'opinion du Conseil d'État; c'est ce qui résulte notamment de la note suivante adoptée en 1873 par la section de l'intérieur :

« La section de l'intérieur a été appelée à se prononcer « sur l'espèce suivante : Un legs avait été fait à un établisse- « ment reconnu, mais reconnu postérieurement au décès du « testateur, auteur de la libéralité. Pouvait-on dans ce cas « autoriser l'établissement légataire à accepter le legs?

« Suivant les principes du droit civil (art. 906), le légataire « doit être au moins conçu à l'époque du décès du testateur; « doit-on par analogie exiger qu'un établissement institué « légataire soit pourvu, pour avoir la capacité de recevoir, « de la reconnaissance légale au moment du décès du tes- « tateur? Sur ce point, les auteurs comme la jurisprudence « ont mis en avant plusieurs systèmes.

« D'après un premier système, la disposition testamen- « taire faite en faveur d'un établissement non reconnu à « l'époque du décès du testateur est radicalement nulle; « aucune volonté, expresse ou tacite du testateur, ne sau- « rait couvrir cette nullité.

« Suivant un second système, la nullité pourrait être cou- « verte si le testateur avait déclaré dans son testament subor- « donner l'effet de sa disposition à la reconnaissance posté- « rieure de l'établissement; aux yeux de ceux qui soutiennent « cette opinion, le legs était conditionnel, et la condition « n'avait rien de contraire aux lois. Enfin, d'autres personnes « vont plus loin, et considèrent que la condition dont il « vient d'être parlé est toujours sous-entendue, et que, par « suite, le legs fait à un établissement non reconnu à l'époque « du décès du testateur, mais reconnu postérieurement, est « valable.

« La section n'avait pas à entrer dans l'examen de ces dif- « férents systèmes qui sont du ressort exclusif de l'autorité « judiciaire. Elle n'en a pas moins cru, dans les affaires ci- « dessus rappelées, pouvoir et devoir accorder aux établis- « sements légataires l'autorisation d'accepter la libéralité « faite en leur faveur. *Elle y a été déterminée par ce fait que « les héritiers avaient donné leur consentement*, et qu'ainsi la « question de droit ne se posait pas. La section a tenu à faire

Digitized by Google

« ressortir les motifs qui la guidaient, en ajoutant au dispo-
« sitif ordinaire du décret que l'établissement était autorisé
« à accepter le bénéfice, non-seulement du legs qui lui était
« fait, mais encore du consentement donné par l'héritier à
« son exécution.

« Et l'on ne peut pas dire qu'il y ait, dans le fait de ce
« consentement, une libéralité de la part de l'héritier, assu-
« jettie par suite aux formes des donations. En effet, tel qui
« ne voudrait pas personnellement faire une libéralité à l'éta-
« blissement légataire, entend au contraire respecter la vo-
« lonté de son auteur, et se considère comme moralement
« obligé, non pas à faire un don, mais à exécuter la disposi-
« tion testamentaire. »

Mais de ce que le Conseil d'État tient avec raison un grand compte du consentement des héritiers, il ne faudrait pas conclure qu'il refuserait toujours l'autorisation, si ce consentement faisait défaut.

En effet, le décret du 16 août 1859, relatif au legs fait par le sieur Dauphin, avait été rendu malgré l'opposition des héritiers qui ont poursuivi devant l'autorité judiciaire l'annulation de la disposition testamentaire; un décret du 19 décembre 1870, rendu par la délégation du gouvernement de la défense nationale, siegeant à Tours, sans qu'il ait été possible, il est vrai, à raison de l'investissement de Paris, de consulter la commission provisoire chargée de remplacer le Conseil d'État, mais conforme à la jurisprudence nouvelle, a reconnu comme établissement d'utilité publique l'asile du Bon-Secours, situé à Anduze (Gard), et l'a autorisé en même temps, malgré la réclamation du légataire universel, à accepter les libéralités faites à son profit par le sieur Rollin, ancien pasteur, décédé le 24 juillet 1868; enfin, le 10 mai 1876, la section de l'intérieur adoptait un projet de décret autorisant la congrégation des sœurs de l'Immaculée Conception, existant à Buzançais (Indre), à accepter un legs qui lui avait été fait par un sieur Caby; or, le testateur était décédé le 12 janvier 1875; la congrégation n'avait été autorisée que par un décret du 16 juin 1875, et les héritiers avaient refusé la délivrance du legs.

Étudions maintenant la jurisprudence de la Cour de cassation; nous venons de dire que les héritiers du sieur Dau-

Digitized by Google

phin s'étaient adressés à l'autorité judiciaire à l'effet de faire prononcer la caducité de la disposition testamentaire qui avait été faite au profit de la Société d'agriculture d'Indre-et-Loire, et qui avait donné lieu au décret du 16 août 1859. Leur réclamation fut admise par un jugement du tribunal de Loches du 31 décembre 1863, confirmé ensuite par un arrêt de la Cour d'Orléans du 16 décembre 1864. La Société forma devant la Cour de cassation un pourvoi qui fut rejeté par un arrêt du 14 août 1866.

« Attendu (porte l'arrêt du 14 août 1866) qu'il est de droit « public en France qu'aucune communauté, association ou « corps moral, ne peut exister qu'en vertu d'un acte de l'au- « torité publique; qu'une societé, non légalement reconnue, « n'ayant pas lors du décès du testateur une existence légale, « une personnalité juridique, est sans qualité pour recevoir « le bénéfice d'un legs fait à son profit, et qu'un acte posté- « rieur d'autorisation ne peut rétroagir à une époque anté- « rieure au décès, ni dépouiller des héritiers légitimes des « droits à eux acquis par le fait même de ce décès; attendu, « en fait, que le sieur Dauphin est décédé le 20 décembre « 1854, laissant un testament par lequel il léguait à la Société « d'agriculture, sciences et arts du département d'Indre-et- « Loire divers immeubles et valeurs pour fonder une ferme « modèle et des courses de chevaux et de chars; attendu « qu'à cette date ladite société n'était pas reconnue; qu'elle « n'a été autorisée et n'a commencé à avoir une existence « légale qu'en vertu du décret du 16 août 1859; qu'en décla- « rant donc caduc et nul le legs fait dans un testament dont « l'auteur était décédé dès 1854, l'arrêt attaqué n'a fait « qu'appliquer à la cause les principes les plus certains de « notre droit public et privé; attendu que pour échapper à « cette nullité, le pourvoi essaye en vain de soutenir que la « disposition testamentaire dont il s'agit ne constituait pas « un legs proprement dit, mais une simple charge du legs « universel; que la qualification de legs a été souverainement « attribuée à ladite disposition par les juges du fond, et « qu'elle est d'ailleurs basée sur les termes formels du testa- « ment; que, dès lors, la Société d'Indre-et-Loire, autorisée « seulement après le décès du testateur, est sans droit et « sans qualité pour recueillir le legs fait, ou même pour

Digitized by Google

« suivre l'exécution d'une prétendue charge résultant du « testament du sieur Dauphin. »

Le légataire universel du sieur Rollin suivit l'exemple des héritiers Dauphin; mais il fut moins heureux que ces derniers: l'autorité judiciaire s'est refusée à reconnaître la caducité des libéralités que l'asile du Bon-Secours à Anduze avait été autorisé à accepter par le décret du 19 décembre 1870. Les prétentions du légataire universel furent successivement repoussées par le tribunal de Marseille, par la Cour d'Aix et par la Cour de cassation.

Le sieur Rollin, par son testament du 6 août 1864, avait déclaré *affecter à la fondation et à l'entretien de l'asile du Bon-Secours à Anduze (Gard) les valeurs mobilières et immobilières énoncées audit acte.*

La Cour de cassation, par arrêt du 8 août 1874, *sur le moyen tiré de la violation des articles* 906 *et* 910 *du Code civil*, a répondu: « Attendu que par son testament du 6 août 1864, « le testateur exprimait sa volonté de fonder lui-même de son « vivant à Anduze, son pays natal, l'établissement dit asile « du Bon-Secours, en y consacrant la plus grande partie de « sa fortune, et pour le cas où il mourrait avant d'avoir « accompli son œuvre, chargeait son légataire universel d'en « continuer et achever l'exécution, et d'introduire, pour- « suivre ou renouveler la demande en reconnaissance de « l'asile comme établissement d'utilité publique; qu'il résulte « des termes d'un codicille ajouté par le testateur à la date « du 14 juillet 1866, qu'à cette époque l'établissement était « en voie de construction; qu'enfin, le testateur étant décédé « en 1868, le légataire universel, aujourd'hui demandeur en « cassation, a, conformément à la volonté dudit testateur, « achevé la fondation de l'asile, dont l'existence légale a été « reconnue par le décret de la délégation du gouvernement « de la Défense nationale en date du 19 décembre 1870, auto- « risant en même temps ledit asile à accepter la libéralité « dont s'agit dans la cause; attendu que des termes des tes- « tament et codicille susénoncés et des faits souveraine- « ment appréciés par les juges du fond, il résulte que les « libéralités faites en vue de la fondation et au profit de « l'asile du Bon-Secours étaient, en réalité, au cas arrivé du « décès du testateur avant l'entier accomplissement de son

Digitized by Google

« œuvre, une charge imposée par lui à son légataire univer-
« sel; — Attendu, en droit, que si un établissement de bien-
« faisance, non encore autorisé au moment du décès du tes-
« tateur, n'a pas la capacité légale pour recueillir un legs
« fait à son profit, aucune loi ne s'oppose à ce qu'un léga-
« taire universel ayant capacité soit chargé par le testateur
« de continuer et achever la fondation d'un tel établissement
« commencé par le testateur lui-même de son vivant, et
« d'en poursuivre la reconnaissance légale, et que cette
« reconnaissance obtenue, l'établissement dûment autorisé,
« a droit et qualité pour réclamer le bénéfice de la disposi-
« tion testamentaire, laquelle n'est qu'une charge de l'insti-
« tution faite au profit d'un autre gratifié.... »

Ainsi, d'après la Cour de cassation, la libéralité au profit d'un établissement non reconnu est nulle quand elle est faite directement à l'établissement; mais elle est valable, si elle peut être considérée comme la charge d'une libéralité faite à un autre gratifié; et c'est aux juges du fond qu'il appartient d'apprécier souverainement d'après les termes employés dans les actes de dispositions, si l'on se trouve en présence d'une libéralité, dont la nullité doit être prononcée, ou bien d'une charge valablement imposée.

La distinction admise par la Cour de cassation est acceptée par M. Demolombe et par MM. Aubry et Rau.

Voici, en effet, comment s'exprime M. Demolombe[1] :

«.... Mais dans le cas même où la disposition aurait été
« faite principalement et directement au profit d'un établis-
« sement non légalement autorisé, est-ce qu'elle ne pour-
« rait pas devenir efficace par l'effet d'une autorisation légale
« postérieure, soit à la donation entre-vifs, soit au décès du
« testateur?....

«.... Cette doctrine paraît, en effet, raisonnable, et pour-
« tant elle soulève, à notre avis, des objections très-graves.

« 1° Pourquoi la communauté, quoique existante de fait,
« est-elle incapable de recevoir, lorsqu'elle n'est pas auto-
« risée? C'est parce qu'elle n'existe pas de droit; c'est parce
« que n'ayant aucune personnalité juridique, elle est inca-

[1] *Donations*, t. Ier, n° 588 et suiv.

Digitized by Google

« pable comme l'enfant non encore conçu ! incapable comme « le néant !.....

«.... 2° Lorsque, en effet, à l'une ou à l'autre de ces « époques, c'est-à-dire soit au moment de la donation, soit « au moment du décès du testateur, la communauté gratifiée « est dépourvue d'autorisation, le droit est acquis aux héri- « tiers ou successeurs du disposant d'invoquer l'incapacité « absolue, qui rend alors la disposition caduque, et l'on ne « voit pas comment il serait possible que ce droit leur fût « enlevé par un événement postérieur....

«.... Il y aurait d'ailleurs un autre moyen d'arriver au « même résultat; mais ce moyen, du moins, serait, à notre « avis, plus juridique.

« Nous croyons que rien ne s'oppose à ce qu'une disposi- « tion soit faite pour la création d'un établissement d'utilité « publique, d'une communauté, d'un hospice, lorsque cette « disposition peut être considérée comme faite au profit « d'une personne morale déjà existante, telle qu'une com- « mune, un bureau de bienfaisance, ou même seulement « comme la charge d'une libéralité faite à un autre gratifié. « On opposerait alors vainement le défaut d'autorisation « légale et l'absence de personnalité juridique !

« Car, précisément, la disposition, telle que nous la sup- « posons, ne peut se concevoir qu'autant que l'établissement « n'existe pas, puisqu'elle a pour but de le fonder ! Aussi « n'est-ce pas lui, en effet, qui est directement l'objet de « cette disposition, puisque cette disposition est faite au « profit d'une autre personne morale, ou n'est elle-même « qu'une charge d'une autre disposition.

« Or, si une disposition peut-être ainsi faite pour fonder « un établissement qui n'a encore aucune existence, pour- « quoi ne pourrait-elle pas être faite de la même manière « dans le but de fonder légalement un établissement qui « n'existe pas encore légalement ?.... »

A leur tour, MM. Aubry et Rau soutiennent la même doctrine :

« Elles (les dispositions au profit d'un établissement non « autorisé) ne deviendraient pas efficaces par une reconnais- « sance intervenue seulement après l'époque à laquelle le « gratifié doit exister pour pouvoir recevoir par donation

Digitized by Google

« entre-vifs ou par testament, alors même que cette recon-
« naissance aurait été accompagnée de l'autorisation d'ac-
« cepter la libéralité....

«.... Mais cette circonstance (existence de fait de l'éta-
« blissement) ne suffit pas, à notre avis, pour justifier une so-
« lution différente, puisque l'existence de fait n'est pas attri-
« butive de personnalité juridique; et que pour les personnes
« morales, aussi bien que pour les personnes physiques,
« c'est la personnalité seule qui les rend aptes à devenir le
« sujet d'une libéralité....

« D'un autre côté, les dispositions en faveur d'établisse-
« ments non encore reconnus seraient également valables
« si elles pouvaient, d'après les circonstances, être consi-
« dérées comme de simples charges de legs faits à des per-
« sonnes capables. En pareil cas, la reconnaissance ultérieure
« des établissements appelés à profiter de ces charges leur
« donnerait qualité pour en réclamer l'exécution[1].... »

La doctrine qui se dégage de la jurisprudence de la Cour de cassation, et qui est enseignée par les savants auteurs que nous venons de citer, ne nous paraît pas reposer sur des bases bien solides, et à cet égard nous adoptons complétement les observations présentées dans la *Revue* par M. Gautier à l'occasion de l'arrêt du 8 août 1874.

N'est-il pas de principe que pour interpréter une disposition, il faut avant tout rechercher la pensée du disposant plutôt que s'attacher aux termes dont il s'est servi pour l'exprimer; que lorsqu'on se trouve en présence d'une clause susceptible de deux sens, elle doit être interprétée plutôt avec le sens suivant lequel elle peut produire quelque effet que dans le sens avec lequel elle ne peut en produire aucun? Le système consacré par la Cour de cassation méconnaît absolument ces sages principes d'interprétation des conventions en général et des dispositions entre-vifs ou testamentaires en particulier; ce système, qui ne tient aucun compte de l'intention des disposants, s'attache uniquement aux termes qu'ils ont employés, et fait dépendre la validité d'une libéralité d'une simple habileté de rédaction.

Prenons l'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 8 août 1874;

[1] Aubry et Rau, t. VII, § 649.

Digitized by Google

supposons qu'au lieu de dire : *j'affecte à la fondation et à l'entretien de l'asile du Bon-Secours, à Anduze, tels biens meubles et immeubles,* le sieur Rollin ait écrit : *J'institue le sieur X... mon légataire nniversel; je le charge de poursuivre la reconnaisnaissance de l'asile d'Anduze comme établissement d'utilité publique, et je lègue à cet asile, pour le cas où il serait autorisé, tels biens meubles et immeubles.* La pensée du testateur n'eût-elle pas été identique dans l'une et l'autre hypothèse, et comment admettre que, suivant la rédaction employée pour l'expression de cette pensée, sa volonté devait être respectée ou méconnue? Est-ce que le legs particulier, qu'il aurait fait directement à l'asile d'Anduze, n'aurait pas été en réalité une charge imposée à son légataire universel?

Quant à nous, nous croyons qu'il faut opter nécessairement entre deux autres systèmes, celui présenté par M. Gautier, d'après lequel la disposition faite au profit d'un établissement non reconnu est frappée d'une nullité qui ne peut être couverte par aucune réserve ni expresse ni tacite, ou bien le système beaucoup plus large et plus libéral, enseigné par M. Troplong.

M. Troplong soutient qu'une libéralité faite à un établissement non reconnu est valable si l'établissement obtient du gouvernement sa reconnaissance légale et l'autorisation d'accepter la libéralité; peu importe que l'auteur de la libéralité ait indiqué ou non qu'il subordonnait l'effet de sa disposition à la condition de la reconnaissance et de l'autorisation ultérieures; c'est là une condition qui doit être toujours présumée sous-entendue; car, qu'elle soit exprimée ou non, elle est toujours dans la pensée des disposants.

«.... On vient de voir que, dans la vérité des principes, « tels qu'ils sont proclamés par le droit romain et par le « droit français, on n'aurait aucune raison sérieuse de con- « tester la validité d'un legs ainsi conçu : Je donne 50,000 fr. « à la Congrégation de... si elle vient à être autorisée par le « gouvernement. Cette disposition équivaut à celle de la « loi 62, D., *De hæredib. instit.* « *Cum capere potuerit.* »

« Il en serait de même si le legs, au lieu de renfermer la « condition expresse dont il vient d'être question, la con- « tenait implicitement. Comme, par exemple, lorsque le « testateur, voulant gratifier une congrégation religieuse, « n'ayant encore qu'une existence de fait au moment du tes-

Digitized by Google

« tament, mais nourrissant la pensée de régulariser son éta-
« blissement par l'obtention ultérieure d'une autorisation,
« fait en sa faveur une disposition de dernière volonté; dans
« ce cas, il est clair que le testateur a sous-entendu la con-
« dition *cum capere potuerit;* c'est là une de ces conditions
« implicites, *quæ insunt*, comme dit la loi romaine. Et quand
« intervient l'autorisation du gouvernement, le legs est
« valide *ab initio* par l'effet rétroactif attaché à la réalisation
« des conditions[1]..... »

Nous n'hésitons pas à nous prononcer en faveur de ce système : quels sont, en effet, les arguments qu'on lui oppose? Il violerait, dit-on, les articles 906 et 910 du Code civil.

Or, l'article 906 ne dit pas que pour être capable de recevoir, il faut être *né:* il dit qu'il faut être *conçu:* prétendre qu'il n'y a pas une époque de conception pour les personnes morales, c'est affirmer un principe sans en démontrer la vérité; et, en outre, l'affirmation est absolument contraire à la réalité des choses. Le gouvernement, d'après une jurisprudence constante fondée sur de nombreux avis du Conseil d'État, n'accorde à un établissement la reconnaissance légale que lorsqu'il a pu se constituer un capital qui lui garantisse une durée certaine; la reconnaissance n'a pas pour but de lui permettre d'acquérir un patrimoine, mais de conserver avant tout et de développer au besoin celui qu'il a déjà acquis. La reconnaissance est bien plutôt pour l'établissement qui l'obtient une déclaration et une constatation qu'une attribution d'existence.

La situation de l'établissement non reconnu présente la plus grande analogie avec celle de l'enfant simplement conçu : oui, son élévation éventuelle à la vie civile est soumise à bien des doutes et à bien des incertitudes; mais l'existence future de l'enfant simplement conçu n'est-elle pas aussi bien précaire et problématique? L'enfant, une fois conçu, peut recevoir, mais à la condition qu'il *naîtra viable:* d'après nous, l'établissement qui, pendant sa période de formation, aura justifié des services qu'il était en état de rendre à la société, des ressources que la confiance publique lui aura confiées pour le mettre en état d'accomplir sa mission, sera réputé

[1] Troplong, *Donations*, t. II, n° 612.

Digitized by Google

viable pour la vie civile, et il obtiendra la reconnaissance qui lui conférera la capacité exigée par l'article 906 du Code civil. En fait, la plupart des libéralités adressées à un établissement non reconnu ont principalement pour but de le mettre en situation d'être autorisé.

Quant à l'article 910, il se borne à subordonner à l'autorisation du gouvernement l'effet des libéralités adressées aux établissements publics; il ne peut donc être invoqué contre le système que nous proposons, puisqu'il est bien entendu que l'acceptation de la libéralité ne pourra avoir lieu dans tous les cas qu'en vertu d'une autorisation administrative. Mais cette autorisation peut-elle intervenir après l'acte qui reconnaît l'établissement d'utilité publique, lorsqu'il s'agit d'une libéralité faite antérieurement à cette reconnaissance? C'est la seule question à trancher, et l'article 910 ne nous donne aucun élément de solution.

Méconnaissons-nous, comme le prétendent les adversaires de notre opinion, les droits acquis aux héritiers au moment de l'ouverture de la succession? Les droits des héritiers ne seraient méconnus qu'autant qu'il serait démontré que ces droits existent; or, de deux choses l'une : ou la disposition est valable, et les droits des héritiers n'existent pas; ou la disposition est nulle, et alors, en effet, les héritiers peuvent se prévaloir de la nullité; mais en invoquant les droits des héritiers comme moyen d'argumentation, on fait une véritable pétition de principe; on pose la même question en d'autres termes, sans toutefois l'élucider. On est en présence de deux interprétations, l'une favorable à la liberté de disposer, l'autre restrictive de cette liberté; il semble que l'étude de l'esprit suivant lequel a été conçu et rédigé le Code civil, doit conduire, dans le doute, à adopter plutôt la première que la seconde; car le Code civil pose comme règle générale la faculté de disposer, et n'admet des restrictions à cette faculté qu'à titre d'exceptions.

Nous avons vu que la jurisprudence actuelle du Conseil d'État est conforme au système que nous proposons : nous croyons avoir démontré que ce système n'est pas contraire à la législation civile; il nous reste à prouver qu'il ne préjudicie pas aux intérêts d'ordre administratif que le gouvernement a mission de sauvegarder.

Digitized by Google

A ce point de vue, on lui a reproché de favoriser le développement des biens de mainmorte; l'avis précité du Conseil d'État du 18 avril 1834 y voyait un moyen trop facile d'éluder les lois qui ont voulu frapper d'interdit les établissements ecclésiastiques dont l'existence est illégale. Ces reproches ne nous paraissent pas fondés. Ce qui favorisera le développement des biens de mainmorte, ce n'est pas l'autorisation donnée à l'établissement d'accepter les libéralités qui ont pu lui être faites avant sa reconnaissance, mais bien la reconnaissance elle-même de l'établissement comme établissement d'utilité publique; le gouvernement prononcera néanmoins la reconnaissance, s'il estime que les services que l'établissement est appelé à rendre à la société, compensent, et amplement, l'inconvénient signalé. Quant à la violation des lois sur les établissements ecclésiastiques non autorisés, nous la cherchons vainement : le législateur s'est proposé un double but : soumettre la formation des établissements ecclésiastiques ou autres à l'autorisation du gouvernement, et donner à la même autorité un droit de contrôle sur les libéralités faites à leur profit; or, ce double but nous paraît parfaitement atteint, même avec notre système, puisque le gouvernement reste libre de n'autoriser ni l'établissement ni par suite l'acceptation des libéralités. Dira-t-on que le gouvernement aura la main forcée? L'argument n'est vraiment pas sérieux; car, comment admettre que le gouvernement placé en face d'une disposition entre-vifs ou testamentaire, qu'il peut à son gré rendre efficace ou de nul effet, et les intérêts généraux du pays qu'il a le devoir de protéger, sera conduit à sacrifier les seconds en donnant une autorisation non justifiée?

Les jurisconsultes qui soutiennent que les dispositions faites au profit des établissements non autorisés sont frappées d'une nullité absolue font remarquer que le système contraire laisse les héritiers des donateurs ou testateurs sous le coup d'une demande en délivrance qui peut se produire pendant un délai de trente années; si tels étaient, en effet, les résultats pratiques de notre opinion, nous n'hésiterions pas à l'abandonner. Nous ne saurions admettre que des fortunes privées fussent soumises à une semblable incertitude. Mais nous croyons que la jurisprudence administrative peut ap-

Digitized by Google

porter un correctif nécessaire et indispensable aux conséquences extrêmes du système que nous défendons.

Lorsqu'une donation ou un testament contient une libéralité au profit d'un établissement non autorisé, le gouvernement est d'ordinaire mis en demeure de se prononcer au moment de la donation ou de l'ouverture de la succession, soit par les auteurs de la libéralité ou leurs représentants, soit par l'établissement gratifié, tant sur la reconnaissance de l'établissement que sur l'acceptation de la libéralité. Lorsque le gouvernement estime que l'établissement n'est pas en situation d'être autorisé, il prononce à l'égard de la libéralité par la formule suivante que l'on peut lire dans de nombreux décrets : « Il n'y a pas lieu de statuer sur la libéralité faite à...., cet établissement n'ayant pas d'existence légale. » Si l'établissement obtenait ultérieurement la reconnaissance légale, et venait solliciter l'autorisation d'accepter une libéralité qui aurait été l'objet d'une semblable disposition de décret, les héritiers seraient fondés, suivant nous, à se prévaloir, au besoin même par la voie contentieuse, de la première décision du gouvernement.

Mais il peut arriver qu'à l'ouverture d'une succession, un établissement non reconnu, pensant qu'il ne réunit pas les conditions exigées pour être autorisé, n'émette aucune prétention à l'égard d'une libéralité qui aurait été faite à son profit; que les héritiers, en présence de la renonciation apparente de l'établissement à bénéficier de la libéralité, gardent eux-mêmes le silence, et qu'ainsi le gouvernement ne soit pas mis en demeure d'examiner la double question de la reconnaissance de l'établissement et de l'autorisation de la libéralité. En ce cas, si l'établissement appelé ultérieurement à la vie civile, mais longtemps après l'ouverture de la succession, sollicitait du gouvernement l'autorisation d'accepter la libéralité, nous sommes persuadé qu'à moins d'un consentement formel donné par les héritiers, le gouvernement qui, en ces matières, a un pouvoir souverain d'appréciation, et qui peut et doit juger en équité, sans être astreint à appliquer strictement un texte de loi ou de règlement, n'hésiterait pas à refuser l'autorisation; il répondrait à l'établissement, qu'en l'absence de toute réclamation de sa part à l'époque de l'ouverture de la succession, les héritiers

Digitized by Google

ont pu légitimement se croire entièrement libérés. Nous nous en rapportons sur ce point à la sagesse du gouvernement avec d'autant plus de confiance qu'aux termes de l'article 1er de l'ordonnance du 2 avril 1817, toujours en vigueur pour l'hypothèse que nous examinons, le gouvernement ne peut statuer que le *Conseil d'État entendu.*

Nous croyons avoir répondu aux principales objections présentées contre le système qui tend à admettre la validité des dispositions faites au profit des établissements non reconnus sous la condition pour ces établissements d'obtenir leur reconnaissance légale. M. Demolombe, tout en l'ayant combattu, ne paraît pas cependant aujourd'hui bien éloigné de l'accepter; puisque, appréciant cette doctrine, il la qualifie en ces termes que nous sommes heureux de reproduire en terminant notre étude : « *Telle est la doctrine qui paraît devoir l'emporter, doctrine qui n'est pas, suivant nous, absolument juridique, mais qui repose sur des considérations de raison et d'équité dont nous reconnaissons volontiers toute la force.* »

R. MARGUERIE.

LES GARANTIES DES INCULPÉS PENDANT L'INFORMATION PRÉALABLE.

(EXPOSÉ DE LA LÉGISLATION. — RÉFORMES QU'ELLE COMPORTE.)

Par M. Henri PASCAUD, juge d'instruction à Sancerre.

I

Notre ancien droit criminel méconnaissait toutes les garanties dues aux inculpés. Aux termes des ordonnances de 1539 et de 1670, non-seulement l'information préalable était secrète, mais encore le jugement des prévenus et accusés avait lieu à huis clos. Un régime aussi exorbitant réclamait une réforme immédiate. Aussi l'Assemblée constituante se hâta-t-elle de l'opérer. Quelques mois après sa réunion, elle rendait le décret des 8-9 octobre 1789. Il suffit de lire le préambule qui précède ce document pour se rendre compte de l'esprit libéral dont s'inspirait le législateur et comme, en outre, il résume nettement les idées de l'époque sur la matière, nous croyons devoir le reproduire : « L'Assemblée

Digitized by Google

nationale, considérant qu'un des principaux droits de l'homme qu'elle a reconnus est celui de jouir, lorsqu'il est soumis à l'épreuve d'une poursuite criminelle, de toute l'étendue de liberté et sûreté pour sa défense qui peut se concilier avec l'intérêt de la société qui commande la punition des délits; que l'esprit et les formes de la procédure pratiquée jusqu'à présent en matière criminelle s'éloignent tellement de ce premier principe de l'équité naturelle et de l'association politique, qu'ils nécessitent une réforme entière de l'ordre judiciaire pour la recherche et le jugement des crimes; que si l'exécution de cette réforme entière exige la lenteur et la maturité des plus profondes méditations, il est cependant possible de faire jouir dès à présent la nation de l'avantage de plusieurs dispositions qui, sans subvertir l'ordre de procéder actuellement suivi, rassureront l'innocence et faciliteront la justification des accusés, en même temps qu'elles honoreront davantage le ministère des juges dans l'opinion publique, a arrêté, etc. »

Le décret disposait que, dans tous les lieux où il existait un ou plusieurs tribunaux, les municipalités nommeraient un nombre de notables proportionné à l'étendue de la circonscription judiciaire. Ces notables devaient être âgés de vingt-cinq ans au moins, savoir signer, être de bonnes mœurs et d'une probité reconnue. Leur nomination était renouvelée tous les ans. Ils prêtaient serment entre les mains des officiers municipaux de remplir fidèlement leurs fonctions et de garder un secret invariable sur le contenu des plaintes et des autres actes de procédure. La liste de leurs noms était déposée aux greffes des tribunaux. Sur cette liste, on choisissait deux adjoints qui avaient mission d'assister à l'instruction des procès criminels. Les plaintes ne pouvaient être présentées au juge qu'en leur présence. Les procès-verbaux, portant constat ou saisie des pièces à conviction étaient rédigés contradictoirement avec eux et devaient être revêtus de leurs signatures, à peine de nullité. Ils assistaient à l'audition des témoins et étaient tenus en leur âme et conscience de faire au juge toutes les observations, tant à charge qu'à décharge, que comportait l'affaire. Il en était fait mention au procès-verbal, ainsi que des dépositions des témoins. Dans le cas d'information en flagrant délit faite sur les lieux mêmes, les

Digitized by Google

adjoints pouvaient être remplacés par deux des principaux habitants qui prêtaient serment devant le juge.

Dès que l'accusé était l'objet d'un décret d'assigné pour être ouï, d'ajournement personnel ou de prise de corps, ce qui, dans ce dernier cas, ne pouvait avoir lieu qu'en vertu d'une décision de trois juges, la mission des deux adjoints prenait fin. L'accusé avait le droit de se choisir un ou plusieurs conseils et pouvait librement conférer avec eux. Le juge lui en nommait un d'office, s'il n'était pas en mesure de le désigner lui-même. Tous les actes d'information se faisaient alors contradictoirement avec lui, publiquement, les portes de la chambre d'introduction étant ouvertes. Après son interrogatoire, il recevait copie, sur papier libre et sans frais, de toutes les pièces de la procédure, s'il la requérait, et son conseil pouvait prendre communication des minutes et voir les pièces à conviction. Les additions d'information, qui avaient lieu pendant la détention de l'accusé, se faisaient publiquement et en sa présence. Il ne lui était pas permis d'interrompre le témoin pendant le cours de sa déposition, mais il pouvait ensuite, par l'organe du juge, faire faire au témoin toutes observations et interpellations qui lui paraissaient utiles. Le conseil avait le droit d'assister à tous les actes de l'instruction « sans pouvoir y parler au nom de l'accusé, ni lui suggérer ce qu'il doit dire ou répondre, si ce n'est dans le cas d'une nouvelle visite ou rapport quelconque, lors desquels il pourra faire ses observations, dont mention sera faite dans le procès-verbal ». Enfin, les procès ne pouvaient plus être réglés à l'extraordinaire, c'est-à-dire renvoyés à la juridiction criminelle que par trois juges au moins.

Un autre décret des 22-25 avril 1790 compléta ces modifications. Il exigea la présence des adjoints au rapport des procédures sur lesquelles devaient intervenir les décrets. Leur assistance à l'instruction était nécessaire jusqu'à ce que l'accusé eût satisfait au décret ou qu'un jugement de défaut eût été prononcé contre lui. Ensuite la procédure se faisait publiquement, aussi bien à l'égard des accusés présents que des contumax. Ces derniers n'étaient point pourvus de conseil. Le juge ou le ministère public notifiait aux municipalités le jour et l'heure auxquels il devait être procédé à des actes exigeant l'assistance des adjoints. En cas d'abstention de ceux-ci,

Digitized by Google

le juge nommait un ou deux des notables du conseil de la commune et, à leur défaut, passait outre en constatant la nomination qu'il avait faite et la non-comparution des adjoints et des notables. Il n'était délivré par le greffier qu'une seule copie sans frais, sur papier libre, de toute la procédure, alors même qu'il y avait plusieurs accusés qui la requéraient.

Ces dispositions et celles du décret des 8-9 octobre 1789 s'appliquaient à un état de choses provisoire, dans lequel l'ordonnance de 1670 conservait encore une partie de sa force légale, notamment au point de vue de la valeur probante de l'instruction préalable. Elles n'étaient du reste édictées que pour les matières criminelles. C'était là un grave inconvénient, car il y avait dans l'ancien droit, comme il en existe aujourd'hui sous le régime du Code pénal, des délits complexes, des inculpations délicates, susceptibles, sous ce rapport, d'exiger l'assistance d'un conseil. A ce point de vue donc, la nouvelle législation n'était pas suffisamment libérale. L'assistance des adjoints à l'information préalable avant l'arrestation de l'inculpé était une garantie de la régularité de l'instruction : jointe à la faculté d'interpellation qui leur appartenait, elle donnait aux actes faits en leur présence un caractère en quelque sorte contradictoire. L'information ayant lieu ensuite devant l'inculpé et son conseil, la loi assurait ainsi aux droits de la défense une protection efficace. Nous serions même disposé à la trouver trop large et peu pratique, car si les témoins peuvent déposer sans inconvénient, en présence d'un conseil, il n'en est pas de même lorsque leur audition a lieu en présence de l'inculpé. Était-il nécessaire d'ajouter, à toutes ces garanties, celle de la publicité? Nous ne le pensons pas; la publicité en pareille occurrence peut être aussi préjudiciable à la société qu'aux intérêts de l'inculpé lui-même.

Du reste, ni l'institution des adjoints, ni l'assistance des conseils, ni la publicité ne devaient survivre au régime transitoire que nous venons de faire connaître. Le décret des 16-29 septembre 1791 qui constitue le Code d'instruction criminelle de l'époque est muet sur ces garanties. Ce silence de la loi peut s'expliquer par des motifs de diverse nature : dans l'esprit du législateur qui voulait réagir contre les errements de l'ancienne procédure criminelle, l'informa-

Digitized by Google

tion préalable n'avait pas plus de valeur que des notes de police. Son importance était donc bien moindre qu'aujourd'hui. Le juge devait, il est vrai, recevoir les déclarations des témoins, mais aux termes de l'instruction des 29 septembre-21 octobre 1791, « ces déclarations ne sont point destinées à faire charge au procès; leur principal objet, comme on l'a dit, est de corroborer la plainte et de servir à l'officier de police de guide sur la conduite qu'il doit tenir envers les personnes inculpées. Lorsque le temps d'action de la police sera écoulé et que la justice sera entrée en connaissance de l'affaire, ces dépositions écrites produiront encore le bon effet de soutenir la conscience des témoins trop pusillanimes, lesquels s'expliqueront avec plus de franchise quand ils se sentiront appuyés sur les déclarations écrites, sans être néanmoins liés par elle. » Dès l'instant où l'information préalable n'avait d'autre valeur que celle de simples renseignements, l'inculpé n'avait pas besoin des garanties si étendues qu'édictait à son profit la législation antérieure. Il lui suffisait de connaître les dépositions des témoins et d'être mis en mesure de les contredire pendant l'instruction, sauf à être assisté d'un conseil devant la juridiction qui statuait définitivement et à y faire valoir en toute liberté ses moyens de défense.

La loi, s'inspirant de cette idée, se borna donc à prescrire que les dépositions des témoins seraient faites et reçues par écrit devant l'officier de police, mais en présence du prévenu, s'il était arrêté. Que la procédure fût communiquée à l'inculpé, qu'il eût un conseil, que ce conseil pût recevoir communication de l'information et même assister aux actes de l'instruction, c'étaient là des garanties que l'on pouvait donner à l'inculpé sans inconvénient sérieux pour l'ordre social. Mais obliger le magistrat à entendre les témoins en présence du prévenu, c'était décréter une chose libérale sans doute, mais véritablement impraticable. Comment, en effet, les témoins qui sont parfois si timorés, si peu nets dans leurs déclarations, qui craignent à chaque instant de se compromettre, pouvaient-ils déposer en face de l'inculpé? N'était-ce point paralyser d'avance le moyen d'information le plus efficace dont dispose la justice pour parvenir à la découverte de la vérité et exposer les témoins, pendant l'instruction

Digitized by Google

préalable, à des suggestions et à des menaces plus ou moins déguisées de la part des prévenus?

C'étaient les juges de paix et les officiers de gendarmerie qui procédaient à l'information. Pour faire comparaître les inculpés, pour s'assurer de leur personne, ils décernaient des mandats d'amener et des mandats d'arrêt. Les mandats d'amener devaient désigner les prévenus aussi clairement que possible, sans qu'il fût nécessaire d'énoncer le délit ou le crime. Le mandat d'arrêt, au contraire, indiquait la nature de l'inculpation. Copie de ces deux mandats était laissée aux inculpés. Pour qu'ils fussent décernés, il fallait que l'infraction poursuivie entraînât une peine afflictive ou une peine infamante. L'interrogatoire du prévenu, mis en état d'arrestation, avait lieu au plus tard dans les vingt-quatre heures. Les plaintes et dénonciations, leur rédaction, leur dépôt étaient soumis à certaines formalités soigneusement déterminées.

Ce qui constituait aux yeux du législateur de cette époque la principale garantie des citoyens, c'était le jury d'accusation. La Constitution des 3-14 septembre 1791 (ch. 5, art. 9) en décréta l'institution qui fut réglementée par le décret des 16-29 septembre de la même année. Tous les six mois, un des juges du tribunal du district était désigné pour remplir les fonctions de directeur du jury. Il recevait des officiers de police les pièces de l'information, les vérifiait et les complétait, interrogeait l'inculpé, s'il le jugeait utile, puis examinait si l'affaire entraînait des peines afflictives ou infamantes et, par conséquent, était de nature à être présentée au jury d'accusation. S'il était de cet avis, il dressait un acte d'accusation qui contenait le fait incriminé et toutes les circonstances qui s'y rattachaient, la désignation claire et précise des inculpés, la détermination du délit et du crime et enfin devait énoncer si les faits avaient été commis méchamment ou à dessein. Dans le cas, au contraire, où le directeur du jury pensait qu'il n'y avait pas lieu de soumettre l'affaire à ce jury, c'était le tribunal de district qui décidaitsi elle devait lui être déférée. S'il y avait une partie plaignante, l'acte d'accusation était rédigé de concert avec elle; faute d'entente entre le plaignant et le directeur du jury, ce magistrat et la partie plaignante dressaient chacun le leur séparément. L'acte d'ac-

Digitized by Google

cusation était communiqué préalablement au commissaire du roi qui donnait son avis en ces termes : « La loi autorise, la loi défend. » Dans ce dernier cas, la décision définitive appartenait au tribunal de district.

Ces formalités accomplies, le jury d'accusation, composé de huit membres, se réunissait pour examiner les charges relevées contre l'inculpé. Après la prestation de serment, le directeur du jury lui exposait l'objet de l'accusation. Les pièces de la procédure lui étaient remises, à l'exception des déclarations écrites des témoins. On procédait à la lecture de ces pièces, puis à l'audition de vive voix des témoins produits et de la partie plaignante. Les jurés délibéraient ensuite hors de la présence du magistrat et déclaraient qu'il y avait lieu ou qu'il n'y avait pas lieu à accusation. La majorité des suffrages était nécessaire pour que la poursuite fût exercée.

Le jury d'accusation était-il apte à concilier dans ses verdicts les intérêts du prévenu et ceux de la société? Il est permis d'en douter. Des jurés habitués à juger humainement les choses humaines sont en mesure de rendre une bonne justice en matière criminelle, à la condition qu'ils n'aient à se prononcer que sur des faits complétement élucidés, démontrés par des preuves concrètes et palpables, interprétés par l'accusation et la défense, en somme ayant été l'objet d'une instruction définitive. Mais il leur est difficile de statuer sur une prévention dont la qualification est plus ou moins abstraite, et de plus qui n'est pas instruite à fond. On leur demande de se prononcer sur des indices et des présomptions, tâche délicate, qu'avec la meilleure volonté du monde ils sont parfois peu capables d'accomplir. Là où des indices de culpabilité suffisent pour prononcer une mise en accusation, ils empiètent sur les attributions du jury de jugement ; au lieu de mettre l'accusé en jugement, ils ne craignent pas de le juger eux-mêmes et l'acquittent sans scrupule.

Le Code du 3 brumaire an IV maintint le jury d'accusation. Le magistrat directeur eut sous sa surveillance immédiate et directe tous les officiers de police judiciaire, juges de paix, officiers de gendarmerie, commissaires de police, gardes champêtres. Désormais, il rendit seul les ordonnances de renvoi devant le jury d'accusation, le tribunal correctionnel et le tribunal de police. Eut-il le pouvoir de rendre des or-

Digitized by Google

donnances de non-lieu? Aucun texte ne le lui donne expressément, tandis que l'article 48, au titre De la police judiciaire, charge le juge de paix « de distinguer les hommes justement prévenus de ceux qui sont faussement inculpés ». Lorsque le délit n'entraînait pas une peine afflictive, le directeur du jury pouvait mettre l'inculpé en liberté provisoire sous caution. Il fut investi, en outre, de pouvoirs plus considérables pour l'instruction des infractions de droit commun et dut informer directement sur certains faits qui intéressaient plus spécialement l'ordre public. L'instruction préalable eut désormais plus d'importance et de valeur légale. Aux mandats d'amener et d'arrêt, le législateur ajouta le mandat de comparution, dont l'emploi fut, à tort selon nous, restreint aux contraventions de police. Le principe de l'audition des témoins en présence de l'inculpé en état d'arrestation fut maintenu. On combla une lacune de la loi de 1791 ; lorsque le prévenu n'était arrêté qu'après que les témoins avaient été entendus, le juge de paix devait lui donner lecture de leurs déclarations, mais sans lui en délivrer copie.

La loi du 7 pluviôse an IX fut une réaction contre le système de l'Assemblée constituante. Elle sépara nettement la poursuite de l'information et institua auprès de chaque directeur du jury d'accusation un substitut du commissaire près le tribunal criminel sans les conclusions et réquisitions duquel ce magistrat ne pouvait procéder à aucun acte d'instruction. Le commissaire lui-même put se pourvoir devant le tribunal criminel contre les ordonnances du directeur du jury et, en cassation, contre les jugements du tribunal criminel. Désormais, les témoins durent être entendus séparément et hors la présence du prévenu. Celui-ci fut interrogé avant d'avoir eu communication des charges et dépositions, mais lecture lui en était donnée après son interrogatoire et, s'il le demandait, il était de suite interrogé de nouveau.

Le Code d'instruction criminelle de 1808 revint d'une façon absolue au principe du secret de l'information. Non-seulement les témoins furent entendus hors la présence du prévenu, mais ce dernier ne reçut plus communication de la procédure instruite contre lui avant l'ordonnance ou l'arrêt de renvoi devant la juridiction compétente. Et cependant il eût été d'autant plus indispensable de lui assurer les moyens

Digitized by Google

de se défendre que, sous la nouvelle législation, la procédure écrite avait plus d'importance; qu'elle formait, comme sous l'ordonnance de 1670, la base de l'accusation et le fondement le plus solide des débats oraux. Il y eut, dans chaque arrondissement communal, un juge d'instruction chargé d'informer sur toutes les infractions aux lois, investi du droit de décerner les mandats de comparution, d'amener, d'arrêt, de dépôt, pouvant saisir toutes pièces à conviction au domicile de l'inculpé et dans celui des tiers. Ces perquisitions devaient être faites en présence du prévenu ou de son fondé de pouvoir.

Le magistrat instructeur était tenu de rendre compte, au moins une fois par semaine, à la chambre du conseil des procédures qu'il instruisait. Cette chambre du conseil, composée de trois juges, rendait les ordonnances de non-lieu et de renvoi devant les tribunaux correctionnels ou devant la chambre des mises en accusasion. Cette dernière juridiction, formée par une section de la Cour d'appel, avait remplacé le jury d'accusation. Elle statuait sur pièces, après examen de l'instruction préalable, sur les conclusions et hors la présence du procureur général, dans les dix jours au plus tard de l'envoi des affaires. Le prévenu avait le droit de lui adresser des mémoires.

La législation postérieure a notablement augmenté les garanties des inculpés pendant l'instruction préalable. La loi de 1855 portant qu'en toute matière le juge d'instruction, sur les conclusions conformes du ministère public, peut lever les mandats de dépôt, la loi du 14 juillet 1865 sur la détention préventive dont la durée a été restreinte à cinq jours, lorsque l'inculpé est domicilié et que le maximum de la peine est inférieur à deux années d'emprisonnement, la faculté accordée au juge de décerner les mandats de comparution, même en matière criminelle, ont assuré à la liberté individuelle, dans la mesure nécessaire, la protection qui lui faisait défaut. Il est vrai que la loi du 17 juillet 1856 a supprimé la chambre du conseil et transféré au juge d'instruction les pouvoirs dont elle étuit investie. Nombre d'esprits sérieux ont vu, dans cette disposition nouvelle, une diminution des garanties auxquelles a droit le prévenu. C'est exagérer, en somme, les effets d'une mesure qui a produit de bons résultats. La chambre du conseil n'ayant pas une ju-

Digitized by Google

ridiction définitive, mais seulement une juridiction préparatoire et d'instruction, quel inconvénient y a-t-il à ce que ses attributions soient dévolues au magistrat instructeur? N'y gagne-t-on pas une plus grande rapidité dans l'expédition des affaires et par conséquent une abréviation de la durée de la détention préventive, puisque le juge d'instruction peut, de concert avec le ministère public, régler à tout instant ses procédures par des ordonnances, tandis que les délibérations de la chambre du conseil étaient plus rares et plus compliquées? Aux termes de l'ancien article 133 du Code d'instruction criminelle, une voix seule était nécessaire pour le renvoi d'une procédure devant la chambre des mises en accusation, et, dans beaucoup de tribunaux, on appliquait le même mode de procéder aux affaires correctionnelles. Cette voix, lorsqu'il n'y avait pas accord entre les magistrats, devait être, la plupart du temps, celle du juge d'instruction, et dans ce cas, celui-ci avait une influence considérable sur le sort des affaires, sans avoir une responsabilité déterminée. Mieux vaut donc le régime actuellement en vigueur. Il ne faut pas, du reste, en exagérer les inconvénients. Quand le juge d'instruction prononce seul, après les réquisitions du ministère public, un renvoi en police correctionnelle, il ne fait qu'exercer avec plus de garantie pour le prévenu un droit que les parquets, que les simples particuliers possèdent, puisqu'ils peuvent citer directement devant le tribunal. L'ordonnance du magistrat instructeur n'est qu'indicative de juridiction et de qualification pour fait incriminé : elle laisse donc intacts tous les droit du prévenu. A ce point de vue, selon nous, la législation actuelle ne comporte pas de réformes. Ne réclame-t-elle pas d'autres modifications et un accroissement de garanties pour les inculpés pendant l'information préalable? C'est ce que nous allons examiner.

II

Pour apprécier les réformes qu'il peut y avoir lieu d'opérer en cette matière, il suffit de comparer les droits de l'inculpé avec ceux du juge d'instruction : il suffit de se demander si l'intérêt social peut autoriser à méconnaître l'intérêt indivi-

Digitized by Google

duel, si la répression et ses nécessités doivent faire obstacle à l'entière et complète liberté de la défense. Pendant l'instruction, les témoins sont entendus séparément et hors la présence du prévenu. Tant que dure l'information, celui-ci ne connaît les charges qui pèsent sur lui que par les interrogatoires dans lesquels le magistrat instructeur doit les lui exposer et aussi par les rares confrontations qu'il y a lieu de lui faire subir avec les témoins. Mais on ne lui communique point les déclarations qui établissent sa culpabilité. Ce n'est que quand l'information est close par une ordonnance ou un arrêt de renvoi devant la juridiction répressive qu'il peut obtenir, dans l'intérêt de sa défense, soit la copie des dépositions des témoins en matière criminelle, soit en toute matière, la communication de la procédure instruite contre lui.

Les droits de l'inculpé sont donc bien restreints. En revanche, les pouvoirs du magistrat chargé de la recherche et de la constatation des crimes et des délits n'ont, pour ainsi dire, pas de limite. Transport sur lieux, perquisitions dans le domicile du prévenu et dans celui du tiers, saisie des pièces à conviction, droit d'arrestation, constats et expertises de toute espèce, audition des témoins opérée sans contrôle, interdiction de communiquer qui maintient l'inculpé dans l'isolement, interrogatoires pouvant provoquer des aveux, le juge d'instruction a tous les moyens d'information à sa disposition. C'est lui seul, ainsi que nous l'avons vu, qui statue sur les procédures qu'il a instruites. Certes il est nécessaire que la sécurité sociale, que la punition des infractions aux lois soient assurées, et, pour y parvenir, que le magistrat instructeur soit investi de pouvoirs considérables. Mais les droits de l'inculpé, sous le régime actuel, ne sont-ils pas trop sacrifiés à l'intérêt social? Comment le prévenu seul, privé des conseils que l'équité naturelle prescrit de lui donner, impuissant en face d'un juge omnipotent, aura-t-il les moyens de pourvoir à sa défense?

Sans doute le magistrat instructeur usera presque toujours de ses pouvoirs, nous en avons la certitude, avec la mesure et l'impartialité requises. S'inspirant de la belle devise anglaise : « Le juge est le conseil naturel de l'accusé », il saura concilier les nécessités de la répression et les droits sacrés de la défense, il évitera les rigueurs inutiles, s'abstiendra de

Digitized by Google

provoquer des aveux par des questions captieuses et recherchera d'office tous les moyens de justification. Mais il faut prévoir les cas exceptionnels : si, oubliant la mission élevée qu'il doit remplir, le magistrat apportait dans l'instruction des crimes et des délits une ardeur funeste aux intérêts de l'inculpé, et se montrait moins soucieux de ses droits que de ceux de la société, quelles garanties le prévenu pourrait-il invoquer?

Ces garanties, disons-le hautement, sont insuffisantes et inefficaces. Le contrôle de la chambre des mises en accusation ne s'exerce d'une manière normale qu'en matière criminelle. Dans les affaires correctionnelles, l'inculpé n'a la faculté de se pourvoir contre les ordonnances du juge d'instruction que si celui-ci statue sur une exception d'incompétence ou refuse de faire droit à une demande de mise en liberté provisoire. Que peut la surveillance de procureurs généraux, en ce qui touche les instructions préalables? Elle préviendra parfois le retour de certains abus, elle empêchera pour l'avenir des excès de zèle dont les conséquences sont déplorables; mais si une condamnation a été prononcée, pourra-t-elle, même avec l'appel *à minima*, réparer les maux du passé? Si vigilante qu'on la suppose d'ailleurs, elle ne constatera que bien difficilement des faits qui, par leur nature même, échappent trop souvent à toute constatation. Quant à une action en responsabilité dirigée contre le juge d'instruction, elle ne peut être intentée que dans les cas fort restreints où la prise à partie est expressément prononcée par la loi. Soumise à une procédure compliquée, n'ayant du reste que le caractère d'une mesure réparatrice, alors qu'en ces matières il importe plutôt de prévenir que de réparer, cette action est impuissante à protéger utilement les intérêts des inculpés.

Ce n'est pas seulement à l'occasion des fautes et des entraînements possibles du juge d'instruction qu'il y a lieu d'entourer le prévenu de garanties efficaces : il faut aussi le protéger contre sa propre impéritie et son ignorance, contre cette tendance de son esprit à considérer comme suspectes les questions qui lui sont adressées, les mesures qui sont adoptées par le magistrat, si favorables qu'elles soient à ses intérêts. Qu'on n'aille pas dire que ces dangers

Digitized by Google

sont purement théoriques, et qu'un inculpé est toujours assez intelligent pour comprendre ce qui peut intéresser sa défense. Les deux exemples suivants prouvent surabondamment le contraire.

G... était inculpé d'abus de confiance commis dans les circonstances suivantes : Un sieur Forêt avait vendu treize brebis à un nommé Conneau, moyennant 273 francs, puis ce dernier les avait cédées au sieur Léger. Celui-ci fit connaître au vendeur primitif la cession consentie à son profit et le pria de lui livrer les brebis dans un lieu déterminé. Pendant que Forêt attendait le moment fixé pour la livraison, il fut invité à prendre une consommation par un de ses amis et, afin de pouvoir accepter cette invitation, il confia la garde de ses treize brebis à G..., avec mission de les livrer et d'en toucher le prix, s'il ne voulait pas aller l'appeler dans une auberge qu'il lui indiqua. G... effectua la livraison. Toucha-t-il le prix? La prévention crut pouvoir le prétendre plus tard. Toujours est-il qu'au bout de quelque temps Forêt, qui n'avait pas reçu son argent, intenta contre Conneau, devant le tribunal de commerce, une demande en payement de 273 francs. Celui-ci appela Léger en garantie. Le procès se termina par la condamnation de Conneau à payer la somme réclamée et par celle de Léger à le garantir de cette condamnation. Léger porta plainte contre G..., et une information fut ouverte. Parmi les nombreux témoins entendus, il s'en trouva un qui avait assisté, chez un bourrelier, à des payements faits par Léger à divers de ses vendeurs, notamment à un payement de 273 francs entre les mains d'une personne qu'il ne connaissait pas, mais qu'il avait entendu appeler G... L'inculpé niait sa culpabilité avec énergie, mais se défendait mal ; c'était un homme honorable, dans une position aisée, ayant des antécédents irréprochables. Frappé de cet ensemble de circonstances favorables, le juge d'instruction lui demanda à plusieurs reprises s'il était en mesure d'indiquer ou tout au moins de rechercher les noms des autres témoins qui s'étaient trouvés chez le bourrelier à ce moment-là et qui pourraient affirmer que lui G... n'était pas présent. Le malheureux ne sut que protester de son innocence : au lieu de faire appel à ses souvenirs, il perdit la tête et balbutia quelques explications confuses qu'il

Digitized by Google

avait déjà fournies. L'affaire fut déférée au tribunal correctionnel. Le prévenu se fit défendre. Son avocat étant parvenu à obtenir de lui les indications qu'il n'avait pu donner au juge d'instruction, fit citer des témoins qui établirent que G... n'était pas dans la boutique du bourrelier au moment où Léger avait effectué ses payements, qu'un des intéressés ne se trouvait pas là pour toucher son prix, ce qui expliquait comment le nom de G... avait pu être prononcé, et qu'enfin à l'instant où Léger payait ses vendeurs, le prévenu prenait un repas dans une auberge située à une certaine distance. G... fut acquitté.

Cette affaire ne démontre-t-elle pas péremptoirement la nécessité d'assurer aux inculpés des garanties qui puissent les protéger contre les défaillances de leur intelligence et leur absence de présence d'esprit? Si G... avait pu être assisté d'un conseil pendant l'instruction, il aurait par lui-même ou par son conseil, donné au magistrat instructeur les renseignements qu'il demandait, et en conséquence obtenu le bénéfice d'une ordonnance de non-lieu. Il n'eût pas eu à subir la pénible épreuve des débats publics, et, quoique innocent, n'eût pas failli être condamné.

D... était inculpé d'assassinat. On avait constaté l'existence de plusieurs empreintes dans la cour contiguë à l'écurie dans laquelle avait été commis le crime, et les chaussures de D... ne s'adaptaient pas à ces empreintes. Néanmoins le magistrat instructeur les avait fait reproduire en plâtre. Au cours de l'information, la gendarmerie supposa que les chaussures d'un nommé B..., qui s'était suicidé quelque temps auparavant, étaient susceptibles, à raison de leurs dimensions, du nombre et de la disposition des clous, de s'appliquer aux empreintes. La veuve de B... n'ayant pas voulu livrer volontairement ces chaussures, une perquisition à son domicile, situé à 30 kilomètres du chef-lieu d'arrondissement, devenait nécessaire. Mais cette perquisition ne pouvait être opérée que contradictoirement avec D... Elle n'était pas de nature à nuire à l'inculpé : si les chaussures étaient retrouvées, et si leur adaptation aux empreintes était possible, elle pouvait même lui être très-favorable. C'est ce que le juge d'instruction s'efforça de faire comprendre à D...; mais tout ce qui venait de ce magistrat était frappé de suspi-

Digitized by Google

cion. L'inculpé répondit qu'il ne comprenait pas tout cela et parut même croire qu'on lui tendait un piége. Alors le juge d'instruction, au lieu de passer outre comme c'était son droit, suggéra à D... l'idée de se faire assister par un conseil et l'autorisa à conférer avec ce conseil. Celui-ci fit comprendre à l'inculpé l'importance de la mesure d'instruction qu'il s'agissait d'exécuter et lui montra comment même elle pouvait être avantageuse à ses intérêts. D... consentit à assister à la perquisition.

Ce fait prouve clairement que le juge d'instruction, alors même qu'il est aussi impartial que possible, rencontre dans les préventions des inculpés des obstacles à l'accomplissement de sa mission. Il est donc nécessaire, au point de vue de la bonne administration de la justice et de la défense des prévenus, que ceux-ci soient éclairés sur leurs intérêts et mis en mesure de comprendre les actes d'instruction qui peuvent démontrer leur culpabilité ou leur innocence.

Nous croyons avoir établi que notre législation criminelle contient une lacune, que l'instruction préalable n'est pas réglementée de façon à atteindre le double but auquel elle doit tendre : assurer la punition du coupable par la recherche des preuves de sa culpabilité et en même temps entourer l'inculpé de toutes les garanties propres à faire triompher son innocence. Cette conciliation des droits sociaux et des droits individuels, des nécessités de la répression et des prérogatives de la défense est difficile à réaliser : s'il faut en effet que les prévenus puissent se défendre aussi complétement, aussi librement que possible, il est indispensable, pour la sécurité publique, que la poursuite des crimes et des délits ne soit pas entravée. Comment pourra-t-on parvenir à la solution de ce problème? C'est ce qu'il nous reste à examiner.

III

Parmi les garanties que préconisent un certain nombre d'esprits libéraux, figure la publicité complète et absolue de l'instruction préalable. Il ne s'agit de rien moins que de substituer la procédure accusatoire anglaise à la procédure inquisitoriale qui fonctionne depuis si longtemps dans notre pays.

Digitized by Google

Cette publicité est réclamée par l'intérêt général, dit-on. Du moment que l'information préparatoire sera publique, tout le monde aura la certitude que l'inculpé ne subira aucune espèce d'oppression et qu'il pourra préparer en toute liberté ses moyens de défense. Tout se passera régulièrement à la pleine lumière des débats publics : l'inculpé, soutenu par la conscience de son droit, par la présence de citoyens nombreux qui n'oublieront pas qu'il est réputé innocent tant qu'une condamnation n'a pas été prononcée contre lui, pourra lutter sans trop d'inégalité contre les pouvoirs si considérables du juge d'instruction. Qu'on ne s'y trompe pas du reste : la procédure accusatoire ne présente pas seulement l'avantage de sauvegarder plus complétement que les autres modes d'instruction les droits et la liberté individuels, elle permet au juge de conserver cette haute impartialité sans laquelle ses décisions perdraient leur autorité et leur valeur morale. Dans ce débat où l'accusateur public, le prévenu et la défense ont le droit d'examiner, d'interroger, de contre-examiner, de contre-interroger les témoins qu'ils ont fait citer, le magistrat instructeur n'a point à prendre parti pour l'un ou pour l'autre. Il a mission d'appliquer la loi aux faits reconnus constants et de prononcer un renvoi devant telle ou telle juridiction, mais en vertu du principe dominant de la procédure accusatoire, il conserve toujours son caractère de juge.

Certes un pareil système d'information, on ne saurait le nier, a quelque chose de large et de libéral qui séduit. Mais serait-il en harmonie avec nos mœurs et notre tempérament national? La réponse n'est pas douteuse. La procédure accusatoire se rattache intimement aux institutions politiques des nations anglo-saxonnes de l'Angleterre et de l'Amérique, à certaines conditions de leur vie sociale, à un état moral bien différent du nôtre. Comment donc pourrions-nous l'importer utilement dans notre pays? Elle a pour elle une pratique plusieurs fois séculaire. Croit-on qu'il suffirait de quelques mois pour qu'elle pût s'implanter en France? La preuve, du reste, que l'information préparatoire publique a peu de chanee de s'acclimater chez nous résulte de ce fait qu'établie aux débuts de l'assemblée constituante, elle n'a pas tardé à disparaître.

La procédure accusatoire, dans notre pays, serait funeste

Digitized by Google

tout à la fois aux intérêts de la société et aux intérêts de l'inculpé. Le citoyen anglais a pour qualités dominantes et caractéristiques le respect de la loi, la notion des droits sociaux, le sentiment viril de la responsabilité. Il déposera donc toujours en public avec la netteté que pourront comporter les circonstances. En sera-t-il de même du Français, surtout s'il s'agit d'une affaire grave dans laquelle la présence du public, celle de l'inculpé et la crainte de sa vengeance l'intimideront et le paralyseront d'autant plus qu'entendu pour la première fois il ne se sentira point soutenu contre ses propres défaillances par les déclarations qu'il a faites dans l'information préalable? Nous ne voulons pas faire une comparaison injurieuse pour nos concitoyens, mais tout magistrat instructeur sait que les témoins qui, dans le silence du cabinet et sous l'impulsion des mobiles les plus divers, font parfois des dépositions si timides, si contradictoires et si incomplètes, déposeraient encore moins explicitement dans une instruction publique. Avec une publicité si large, l'information préalable n'aurait-elle pas, en outre, l'inconvénient de donner l'éveil aux complices des crimes et délits, et de paralyser l'action répressive en ce qui les concerne? Ainsi se trouverait entravée, au grand détriment de la sécurité publique, la punition des infractions aux lois. A ce point de vue donc, la procédure accusatoire ne peut être introduite dans notre pays. Mais d'autre part, la publicité donnée à l'inculpation pourrait causer au prévenu le plus grave préjudice et compromettre sa réputation d'une manière irréparable. Livré aux appréciations erronées de l'opinion publique, en butte aux doutes les plus injurieux, dans le cas notamment où il pourrait obtenir une ordonnance de non-lieu sur une question de droit pénal, l'inculpé serait bien souvent tenté de répudier les prétendus avantages d'une publicité si funeste en ses conséquences. Nous estimons donc que l'instruction publique ne peut fonctionner chez nous. Laissons aux Anglais leur procédure accusatoire qui est en désaccord flagrant avec nos mœurs judiciaires, et sachons n'opérer que des réformes sagement progressives, qui puissent devenir durables et fécondes.

Mais si l'instruction préalable ne peut sans danger devenir complétement publique, du moins elle doit cesser d'être se-

Digitized by Google

crète. Il y a lieu de substituer le principe de la communication des procédures au système qui est actuellement en vigueur et d'entourer l'inculpé de toutes les garanties nécessaires pour assurer la régularité de l'instruction et la libre défense. Bien loin de présenter des inconvénients au point de vue social, ces réformes auront l'avantage inappréciable d'imprimer une plus grande force morale à l'action de la justice et de donner satisfaction à ce sentiment de générosité qui nous porte à réclamer une protection en faveur de ceux qui ont besoin de se défendre.

Il y aura une distinction à établir entre les matières criminelles et les matières correctionnelles. Si l'inculpation est plus grave, il convient en effet que les garanties soient plus grandes.

En matière criminelle, lorsqu'une information procédera par transport sur le lieu même de l'attentat, le juge d'instruction devra être assisté pendant toute la durée de ses opérations par deux citoyens, âgés de vingt-cinq ans au moins, jouissant de leurs droits civils, civiques et politiques, sachant lire et écrire autant que possible. L'un d'eux sera pris parmi les conseillers municipaux de la commune. Indépendants du juge d'instruction, puisqu'ils ne sont pas officiers de police judiciaire, ces deux citoyens prêteront entre les mains de ce magistrat serment de remplir avec exactitude et vigilance la mission qui leur sera dévolue de surveiller et de contrôler l'accomplissement des actes d'information. A cet effet, ils auront le droit de provoquer les mesures d'instruction qui leur paraîtront utiles et, par l'organe du magistrat, de faire au témoin les observations et interpellations qu'ils jugeront nécessaires. Mention de leur présence et de leurs agissements sera faite dans les procès-verbaux, qui devront être revêtus de leur signature.

Lorsque l'inculpé aura été mis en état d'arrestation ou qu'il aura obéi à un mandat de comparution, il subira un interrogatoire. Aussitôt après l'accomplissement de cet acte d'information, le juge d'instruction lui désignera d'office un conseil parmi les avocats ou avoués attachés au tribunal. Ce conseil recevra communication de la procédure chaque fois qu'il le demandera. Il assistera, si bon lui semble, à tous les actes de l'instruction, à l'exception des interrogatoires :

Digitized by Google

il ne faut pas en effet que la présence de son défenseur influe sur les réponses de l'inculpé et contribue à leur enlever la spontanéité et le caractère propre qui leur appartiennent. Présent à l'audition des témoins, le conseil pourra, par l'organe du magistrat instructeur, leur poser des questions et leur adresser des interpellations qui seront consignées avec les réponses dans les procès-verbaux. Le droit de la défense s'exercera ainsi dans son intégrité, sans danger pour la répression, et au grand profit de la manifestation de la vérité. On évitera de la sorte l'inconvénient dans lequel étaient tombées les lois de 1791 et de l'an IV sous l'empire desquelles la présence du prévenu pendant l'audition des témoins avait souvent pour résultat d'intimider et de paralyser les déposants craintifs. L'inculpé et son conseil auront le droit de réclamer toute mesure d'instruction, expertise, perquisitions, constat de lieux, audition de témoins qui leur paraîtront utiles. Le magistrat instructeur ne pourra refuser de donner satisfaction à ces demandes que par une ordonnance motivée, et cette ordonnance pourra être l'objet d'un pourvoi devant la chambre des mises en accusation.

Les mêmes règles seront applicables aux suppléments d'information ordonnés par la chambre des mises en accusation. En cas de transport des magistrats délégués, le prévenu pourra demander à être transféré sur les lieux, si l'intérêt de sa défense lui paraît exiger cette mesure. Il lui sera nommé d'office un conseil dont les droits et les prérogatives auront la même étendue que durant la première phase de l'instruction. Le refus du conseiller instructeur d'ordonner telle ou telle mesure d'information sera soumis à l'approbation de la chambre des mises en accusation.

En matière correctionnelle, la gravité des inculpations étant moins considérable, et la défense présentant moins de difficultés, nous estimons que les garanties devront être moins étendues. Le juge d'instruction ne sera pas tenu de désigner d'office un conseil à l'inculpé, mais celui-ci aura toujours la faculté d'en choisir un lui-même. Les droits de ce conseil seront les mêmes qu'en matière criminelle. Si l'inculpé ne s'en est pas pourvu, il lui sera donné lecture de toutes les pièces de l'information avant la clôture de l'in-

Digitized by Google

struction. Un procès-verbal constatera l'accomplissement de cette formalité substantielle au droit de la défense. Le refus de procéder aux actes d'instruction réclamés par l'inculpé sera consigné dans une ordonnance motivée contre laquelle un pourvoi sera ouvert devant la chambre des mises en accusation.

La faculté de se pourvoir contre toute décision du juge refusant une mesure d'instruction est pour l'inculpé une garantie nouvelle, une sanction énergique de ses droits. Mais nous n'étendrons pas aux ordonnances de renvoi des juges d'instruction ce même bénéfice d'une réformation possible. Cet avantage apparent tournerait au préjudice des prévenus toujours portés à former des pourvois plus ou moins fondés, entraverait la prompte et rapide expédition des affaires et par conséquent nuirait à la bonne administration de la justice. Au surplus, les tribunaux ayant le droit de modifier entièrement les qualifications données aux faits par le juge d'instruction et de décliner la compétence qui leur a été plus ou moins exactement attribuée, on ne voit pas que les droits de la défense puissent être compromis par le maintien des errements suivis jusqu'à ce jour en ce point spécial dans notre procédure criminelle.

La délivrance des divers mandats ne nous paraît comporter de réforme qu'en ce qui touche le mandat d'amener. Ce mandat doit être supprimé comme portant atteinte au droit de la défense. Il ne mentionne en effet ni l'inculpation, ni les articles de lois invoqués contre l'inculpé. Du reste, on s'en sert rarement, car il n'a pas les avantages du mandat d'arrêt dont la force est bien plus grande. Si on le maintient, on devra en restreindre l'emploi aux cas où il y a lieu de contraindre par corps les témoins à venir faire leur déposition.

Telles sont les seules garanties véritablement utiles et pratiques qui, à notre sens, peuvent assurer les droits de la défense et la protection des inculpés. Aller plus loin dans la voie libérale et nouvelle où nous désirons voir s'engager le législateur, ce serait dépasser la mesure et s'exposer à une de ces réactions si promptes qui emportent en un clin d'œil les lois trop généreuses. Le progrès n'est pas seulement une question de principe et de doctrine, il est plus encore peut-

Digitized by Google

être une question d'application, en ce sens qu'il faut savoir mesurer les réformes aux conditions de l'existence morale et sociale des peuples au profit desquels elles sont édictées.

La principale des garanties que nous réclamons pour les inculpés, la faculté de se faire assister par un conseil, existe déjà chez plusieurs nations européennes, en Suisse et en Belgique notamment. Le canton de Genève, qui avait gardé notre Code d'instruction criminelle, a su le modifier dans un sens libéral. Une loi constitutionnelle du 21 mars 1849 sur la liberté individuelle et l'inviolabilité du domicile dispose, dans son article 10, que « tout individu, arrêté en vertu d'un mandat, a le droit de choisir un défenseur et de conférer avec lui ». Une loi du 3 mai 1876, amendant la loi organique des tribunaux de 1848, dit expressément (art. 6) : « Le prévenu qui en aura fait la demande au juge d'instruction pourra préalablement exposer à la chambre d'instruction et d'accusation ses moyens de défense, soit en personne, soit par l'organe d'un conseil. Dans ce cas, le ministère public sera de même entendu. »

D'après le Code bernois de 1854, l'instruction est secrète jusqu'au moment où l'affaire est portée devant la chambre d'accusation. A ce moment le prévenu a le droit de conférer avec un défenseur qui peut prendre communication des pièces. Dans le canton de Zurich, le Code d'instruction criminelle de 1866 impose au juge d'instruction l'obligation de communiquer à l'inculpé les résultats de l'audition des témoins. La commission d'accusation, avant de se prononcer sur l'acte d'accusation, doit le transmettre au prévenu. Celui-ci peut prendre communication des pièces et il a le droit de se faire assister d'un défenseur. Mais il n'y a pas de débats devant la commission d'accusation.

La loi belge du 20 mai 1874 sur la détention préventive a établi diverses garanties en faveur des inculpés. Le mandat d'arrêt ne peut être décerné que dans certaines circonstances et avec certaines formes déterminées. Il n'est pas maintenu, si la chambre du conseil, dans les cinq jours de l'interrogatoire, ne le confirme pas. L'inculpé doit être mis en liberté si la chambre du conseil n'a pas statué sur la prévention dans le mois à compter de l'interrogatoire, à moins que cette chambre, par ordonnance motivée rendue à l'unanimité, le

Digitized by Google

procureur du roi et la défense entendus, ne déclare que l'intérêt public exige le maintien de la détention. Aux termes de l'article 3 de la loi, « immédiatement après la première audition, l'inculpé pourra communiquer librement avec son conseil ». Le ministre de la justice, lors du vote de la loi, a eu soin d'expliquer qu'il s'agissait d'une communication utile et libre, faite sans l'assistance de témoins ou du gardien de la maison d'arrêt.

Le Code d'instruction criminelle russe, qui date de 1864, a réalisé, ainsi qu'on le sait, un progrès considérable sur la législation antérieure. Cependant il n'a pas cru devoir admettre l'intervention d'un conseil pendant l'instruction préalable. En revanche il a édicté, au profit des inculpés, d'autres garanties qu'il est intéressant de connaître. En vertu de l'article 446, « chaque témoin est interrogé à part et, si c'est nécessaire, en l'absence de l'accusé ». Il résulte de ce texte que si une semblable nécessité n'est pas justifiée, l'inculpé a le droit d'assister à l'audition des témoins. Nous nous sommes expliqué dans le cours de cette étude sur les inconvénients qu'offre au point de vue de la répression ce mode de procéder dont il ne faut pas exagérer les avantages en ce qui touche la défense. Aux termes des articles 448 et 449, « si le témoin a été interrogé en l'absence de l'accusé, sa déposition est lue à l'accusé, qui peut y objecter et demander au juge d'instruction de poser au témoin de nouvelles questions. Les circonstances que l'accusé oppose à la déposition du témoin doivent être éclaircies par le juge d'instruction, si elles ont une signification réelle dans la cause. » Ce sont là de sérieuses et réelles garanties dont la sanction, bien qu'elle ne soit pas expressément indiquée, ne peut consister que dans la possibilité de faire réformer par une juridiction supérieure les ordonnances portant refus de se conformer aux prescriptions susénoncées. L'accusé a le droit d'assister aux perquisitions et visites domicilaires, et à l'audition des voisins et cohabitants qui déposent sur son genre de vie et sur ses occupations. Le juge d'instruction est tenu de lui donner, s'il le demande, copie sans frais de tous les actes de l'information, déposition des témoins, etc. Enfin, quand l'instruction est terminée, le magistrat la communique à l'accusé et lui demande s'il n'a pas encore

Digitized by Google

quelque chose à dire pour sa justification. Si ce dernier fait de nouvelles déclarations pouvant avoir de l'importance, la procédure doit être complétée en conséquence (art. 476-477).

Plus encore que la loi russe, la législation autrichienne s'est montrée libérale envers les inculpés. Dans ce pays, où le Code d'instruction criminelle de 1803 avait proscrit la publicité des débats, où le Code de 1853 ne l'avait établie que d'une façon restreinte et incomplète, on a renoncé aux errements impitoyables de la vieille procédure pour y substituer un régime de libre défense. Les prévenus jouissent aujourd'hui de garanties efficaces. D'après l'article 45 du Code d'instruction criminelle de 1873, « au cours des constatations préliminaires et de l'instruction, l'inculpé peut se faire assister d'un conseil choisi sur la liste des défenseurs, soit pour veiller à la conservation de ses droits à chaque acte de la procedure qui intéresse directement l'établissement du fait et qui ne peut être renouvelé plus tard, soit pour suivre sur son recours déjà formé par lui. S'il est détenu, il pourra s'entretenir avec lui en présence d'une personne attachée au tribunal. Ce conseil pourra prendre connaissance de tout ou partie des actes si le juge d'instruction et, en cas de contestation, la chambre du conseil juge cette communication compatible avec le but de l'instruction. » Peut-être trouvera-t-on que les droits de l'inculpé lui sont parcimonieusement mesurés, mais il y a lieu de croire qu'on interprète largement les prescriptions légales et d'ailleurs les décisions du magistrat instructeur sont susceptibles de réformation, ainsi que nous le verrons plus loin. Le conseil ne doit être présent ni aux dépositions des témoins, ni à l'interrogatoire de l'inculpé, pas plus, du reste, que l'accusateur. Tous les deux ont le droit d'assister au constat, aux perquisitions domiciliaires, à la perquisition des papiers et d'indiquer les objets auxquels doivent s'étendre ces constatations et ces recherches. Enfin, quiconque estime qu'il lui a été fait grief par une ordonnance ou une négligence du juge d'instruction, au cours des constatations préliminaires ou de la procédure qui suit le dépôt de l'acte d'accusation, a le droit de provoquer sur ce point une décision de la chambre du conseil, et de formuler sa demande par écrit ou oralement, devant le juge d'instruction, ou directement devant la

Digitized by Google

chambre du conseil. Ce recours ne suspend l'exécution de l'ordonnance du juge d'instruction que dans certains cas déterminés par la loi. La chambre du conseil statue en séance non publique, le juge d'instruction et le ministère public entendus (art. 113). Ainsi se trouvent assurés en Autriche les droits de la défense pendant l'information, et nous espérons que la législation française saura, dans un avenir rapproché, s'inspirer d'idées qui, au mérite d'être justes et libérales en théorie, unissent les avantages d'une pratique de près de cinq années.

Ce qui prouve encore que les réformes que nous réclamons n'ont rien de dangereux pour l'ordre social, c'est que, dans un délai fort court, l'Allemagne va inaugurer un système qui s'en rapproche beaucoup. Nous devons les renseignements qui suivent à un des membres les plus distingués de la Société de législation comparée. Qu'il nous soit permis de lui exprimer ici notre reconnaissance. Le nouveau Code d'instruction criminelle allemand, successivement adopté par le Bundesrath et le Reichstag, a été publié le 1er février 1877, mais il ne sera exécutoire que, quand le gouvernement aura fixé par ordonnance la date de sa mise en vigueur. Une disposition spéciale a donné ce droit au gouvernement tout en restreignant au 1er octobre 1879 le terme extrême de la mise à exécution de la loi. Les garanties édictées au profit des inculpés sont aussi larges que nombreuses; il en est qui se réfèrent à la détention préventive, dont l'emploi deviendra de plus en plus rare. Les autres consacrent les prérogatives de la libre défense et assurent à l'inculpé l'assistance d'un conseil à toutes les phases de la procédure.

Les prévenus ne pouvent être détenus préalablement que dans les cas suivants : 1° s'il existe contre eux des présomptions sérieuses et que l'acte coupable soit puni par la loi de peines plus graves que la prison ou l'amende; 2° si les prévenus sont soupçonnés de vouloir prendre la fuite; ce soupçon n'a pas besoin d'être motivé, lorsque le fait délictueux est un crime, lorsque l'inculpé est sans patrie (Heimathlos), ou vagabond ou étranger et, dans ce dernier cas, lorsqu'il est douteux qu'il consente à se présenter sur une simple citation; 3° s'il est à craindre que les inculpés ne détruisent les preuves des infractions commises ou ne déter-

Digitized by Google

minent des témoins ou des complices à faire de faux témoignages ou de faux aveux (art. 112). Aux termes de l'article 113, si la peine encourue n'est que l'emprisonnement ou l'amende, l'inculpé ne peut être détenu préventivement que si on le soupçonne de vouloir prendre la fuite; encore est-il nécessaire, pour qu'on puisse employer cette mesure extrême, qu'il soit sans patrie, en état de vagabondage, étranger ou placé sous la surveillance de la police.

Les dispositions du nouveau Code sont très-libérales en ce qui touche la défense. L'article 137 consacre ses droits en ces termes :

« L'inculpé peut, à quelque moment que ce soit de la procédure, réclamer l'assistance d'un défenseur.

« Si l'inculpé a un représentant légal (tuteur par exemple), celui-ci peut aussi, de son propre mouvement, lui choisir un défenseur. »

Lorsque le prévenu n'a pas choisi lui-même un défenseur, il peut lui en être désigné un d'office. Ce n'est là, comme on le voit, qu'une simple faculté. Nous croyons qu'en matière criminelle il vaudrait mieux que la désignation fût obligatoire.

Les droits du défenseur et de l'inculpé sont nettement déterminés. Le premier, pendant l'instruction préalable, peut compulser tous les actes de la procédure, pourvu qu'il n'en doive résulter aucun inconvénient pour l'information. En aucun cas, on ne doit lui refuser la communication des procès-verbaux d'interrogatoire de l'inculpé, des rapports d'experts et des procès-verbaux de visite de lieux. Quant à l'inculpé détenu préventivement, il a le droit de communiquer verbalement et par écrit avec son défenseur. Pendant la durée de l'information, le magistrat instructeur peut exiger la communication de toutes les notes écrites échangées par l'inculpé et son défenseur. Si l'emprisonnement préalable n'a été ordonné que par crainte de voir l'inculpé prendre la fuite, celui-ci peut recevoir son défenseur en l'absence de tout témoin. S'il a été ordonné pour tout autre motif, le juge d'instruction peut prescrire qu'un membre du corps judiciaire assistera aux entrevues (art. 147 et 148).

La législation autrichienne admet aussi cette espèce d'assistance. Aux termes de l'article 190, l'interrogatoire

Digitized by Google

a lieu hors la présence du défenseur et du ministère public.

Une dernière et bien précieuse garantie pour l'inculpé est édictée par l'article 23. Le magistrat qui a dirigé l'instruction ne peut siéger dans l'affaire qu'il a instruite. C'est là une réforme que beaucoup de bons esprits veulent introduire dans notre pays. Elle se justifie par des considérations puissantes que tout le monde comprendra. Le juge d'instruction a suivi l'affaire du début à la clôture de l'information : en rendant une ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel, il a pris une détermination qu'il croit justifiée : saura-t-il toujours en faire abstraction, et n'y a-t-il pas lieu de craindre qu'il n'apporte dans l'examen du procès à juger les opinions préconçues qu'implique la mise en prévention par lui prononcée? C'est chose étrange assurément que de voir notre législation interdire la présence, comme assesseurs à la Cour d'assises, des conseillers qui ont statué sur une accusation, alors que ces magistrats ne font qu'appliquer la peine, et confier le jugement des procédures correctionnelles au juge d'instruction qui doit apprécier et la culpabilité et la pénalité. Nous n'insistons pas d'avantage sur cette idée : les meilleures doctrines se heurtent trop souvent à la brutalité des faits, et, pour l'application des principes, on trouve parfois que les voies et moyens font défaut.

Ainsi, depuis plusieurs années déja, le droit pour les prévenus d'être assistés d'un conseil pendant l'instruction est en vigueur chez différents peuples également soucieux de la liberté individuelle et de l'ordre public, et il ne semble pas que la répression y ait été entravée. Il y a là pour nous des enseignements précieux à méditer, des exemples féconds à suivre. Sachons en profiter. H. PASCAUD.

Digitized by Google

DE LA TAXE DES BIENS DE MAINMORTE,

ÉTABLIE PAR LA LOI DU 20 FÉVRIER 1849[1].

Par feu M. Reverchon,
ancien maître des requêtes au Conseil d'État,
conseiller à la Cour de cassation.

(*Suite*[1].)

§ III. — *Il faut que les biens appartiennent aux établissements qu'il s'agit d'imposer.*

9. En d'autres termes, il faut que ces établissements soient propriétaires des immeubles sur lesquels la taxe doit être assise : c'est alors seulement que les droits de mutation de la propriété sont perdus pour l'État, c'est alors seulement qu'il y a lieu de remplacer ces droits.

Il suit de là que les immeubles dont ces établissements n'ont que l'usufruit ne sont point passibles de la taxe de mainmorte : au surplus, nous sommes déjà arrivés à cette conclusion par une autre voie.

Mais les immeubles dont ces mêmes établissements n'ont encore que la nue propriété doivent-ils être soumis à la taxe avant que l'usufruit réservé, soit au profit des vendeurs ou des donateurs, soit au profit d'un tiers, vienne se réunir à la propriété?

Pour établir la négative, on a dit que la contribution créée par la loi de 1849 doit, comme les autres contributions directes, être prélevée sur les fruits et revenus et que, là où il n'y a pas encore de fruits, il ne peut y avoir d'impôt. M. le commissaire du gouvernement (M. Cornudet), qui a porté la parole dans l'affaire à propos de laquelle cette question s'est présentée pour la première fois devant le Conseil d'État, a ajouté que la taxe de mainmorte est assise sur les mêmes bases que la contribution foncière, et que celle-ci est payée, non par le nu-propriétaire, mais par l'usufruitier (C. civ., art. 608); que, dès lors et par la même raison, les immeubles dont ces établissements n'ont encore que la nue propriété doivent être considérés comme n'étant pas, à leur égard, passibles de la contribution foncière. Il a également

[1] Voir *Revue critique*, livraison de juin 1878, p. 396.

Digitized by Google

insisté sur ce point que, dans les cas où la réserve d'usufruit serait la condition du don ou du legs par suite duquel un établissement de cette nature serait devenu propriétaire, l'obligation de supporter immédiatement la taxe constituerait une charge nouvelle, dont la gravité pourrait parfois être telle que, si elle eût été connue, elle aurait déterminé la répudiation de la libéralité elle-même. Il a fait ressortir, enfin, l'embarras et la rigueur de la situation que cette même obligation ferait aux communes, aux hospices, à tous ces établissements si dignes d'intérêt qui pourraient se voir forcés, pour acquitter la taxe, de se créer des ressources extraordinaires, ou du moins de porter atteinte à la dotation de leurs divers services.

Mais, dans l'interprétation des lois fiscales, plus encore que partout ailleurs, le Conseil d'État s'attache à faire prévaloir le texte de la loi, quand il est clair, sur l'équité qui peut sembler contredire ce texte : cette matière répugne essentiellement à l'arbitraire, et il n'importe pas moins aux contribuables qu'au trésor d'y maintenir, autant que possible, la certitude et la fixité de la règle.

Aussi le conseil a-t-il, par un arrêt du 28 décembre 1850 (*bureau de bienfaisance de Chapelle-des-Bois*), repoussé le système dont les motifs viennent d'être analysés. Cet arrêt est ainsi conçu :

« Considérant que la loi du 20 février 1849 a créé sur les « biens immeubles passibles de la contribution foncière, qui « appartiennent aux établissements par elle désignés, et no- « tamment aux bureaux de bienfaisance, une taxe annuelle « représentative des droits de transmission entre-vifs et par « décès ; que cette loi n'a point excepté de ses dispositions « les biens dont la propriété a été transmise à un établisse- « ment de cette nature avec réserve d'usufruit ;

« Considérant qu'il n'est pas contesté que les biens im- « meubles dont il s'agit dans l'espèce appartiennent au bu- « reau de bienfaisance de la commune de Chapelle-des-Bois ; « qu'ainsi c'est avec raison que, nonobstant l'existence de « l'usufruit réservé au sieur Magnin-Feysot, donateur, lesdits « biens avaient été frappés, pour 1849, de la taxe établie en « vertu de la loi précitée ;

« Art. 1er. L'arrêté ci-dessus visé du conseil de préfecture

Digitized by Google

« du Doubs, en date du 19 octobre 1849, est annulé. —
« Art. 2. Le bureau de bienfaisance de la commune de Cha-
« pelle-des-Bois sera rétabli, pour 1849, au rôle de la taxe à
« laquelle il avait été imposé, en vertu et par application de
« la loi du 10 février 1849, à raison des biens immeubles,
« passibles de la contribution foncière, qui lui appartien-
« nent dans ladite commune. »

La même solution a été consacrée par cinq autres arrêts, en date du 13 août 1851 (*hospices d'Alby, ville d'Alby, hospices de Versailles, fabrique de Saurat, bureau de bienfaisance de Brains*), et par un arrêt du 14 décembre 1868 (*bureau de bienfaisance de la Chapelle-en-Jnger*).

Il faut reconnaître, en effet, que le nu-propriétaire n'est pas seulement investi d'un démembrement ou d'une portion de la propriété ; il a la propriété même, sinon encore avec tous ses émoluments utiles, du moins avec tous ses droits. *Recte dicimus*, disaient les jurisconsultes romains (L. 25, Dig., *De verborum significatione*), *eum fundum totum nostrum esse, etiam quam ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars, sed servitutis sit, ut via et iter, nec falso dici totum meum esse cujus non potest ulla pars dici alterius esse.* En un mot, la chose lui appartient, et c'est tout ce qu'exige ici la loi de 1849.

L'esprit de cette loi est même d'accord avec son texte. En effet, la transmission d'un immeuble, même avec réserve d'usufruit, peut entraîner et entraîne habituellement le payement immédiat de la totalité des droits de mutation ; elle a surtout cette conséquence dans le cas de transmission par décès, c'est-à-dire dans le cas que les auteurs de la loi de 1849 ont principalement envisagé pour établir la moyenne des mutations à représenter par une taxe spéciale. Dès lors, quand un établissement de mainmorte devient propriétaire d'un immeuble, même avec réserve d'usufruit, c'est à partir de ce jour que cet immeuble est soustrait, par la qualité de son propriétaire, aux chances et aux droits ordinaires de mutation, remplacés aujourd'hui par un impôt nouveau.

Ces considérations, tout en justifiant la jurisprudence du Conseil d'État, ne font d'ailleurs pas disparaître les inconvénients signalés par M. le commissaire du gouvernement. Appliquée aux établissements qui n'ont encore que la nue pro-

Digitized by Google

priété, la taxe de mainmorte produit évidemment des résultats dont la rigueur blesse l'équité, et il est à regretter que la loi, s'arrêtant exclusivement au fait unique de la propriété, n'ait pas modifié ses dispositions dans le cas où ce fait est accompagné lui-même de certaines modifications.

Il va sans dire, au surplus, que, si des contestations s'élevaient entre le nu-propriétaire et l'usufruiter, sur la question de savoir quel serait celui d'entre eux qui devrait, en définitive, soit par l'effet de conventions spéciales, soit à tout autre titre de droit commun, supporter la taxe de mainmorte, ces contestations devraient être portées devant les tribunaux. C'est ce qui a été surabondamment jugé par l'un des arrêts ci-dessus cités du Conseil d'État, en date du 13 août 1851 (*hospice d'Alby*), dans lequel on lit ce qui suit :

« En ce qui touche les conclusions subsidiaires de l'hospice « d'Alby, tendant à faire déclarer qu'en tout cas la taxe doit « être supportée par l'usufruitier :

« Considérant qu'aux termes de la loi du 20 février 1849, « la taxe des biens de mainmorte est mise à la charge du « propriétaire ; que dès lors c'est avec raison que, dans l'es- « pèce, la cotisation a été inscrite au rôle sous le nom du pro- « priétaire, et qu'il n'appartient pas à l'autorité administra- « tive de statuer sur la question de savoir si ladite taxe doit « en définitive être supportée par l'usufruitier. »

Quant au calcul et à la quotité de la taxe que par l'établissement qui n'est encore que nu-propriétaire, ce point sera examiné ultérieurement (section III).

10. Peu importerait, également, qu'il s'agît d'une propriété dont l'exploitation temporaire aurait été concédée par l'établissement propriétaire à un particulier ou à une société; cet établissement n'en devrait pas moins la taxe. Ainsi l'a jugé l'arrêt suivant (16 avril 1863) :

« Vu la requête présentée pour les sieurs Passant et Ce, « concessionnaires de l'exploitation des abattoirs et mar- « chés aux bestiaux de la ville de Lyon, agissant tant en « leur nom personnel qu'au nom de la ville de Lyon, comme « étant chargés, aux termes de l'article 13 de leur cahier des « charges, d'acquitter les contributions directes assises sur « l'abattoir et le marché de Vaise; ladite requête tendant à « ce qu'il nous plaise annuler les arrêtés.... par lesquels le

Digitized by Google

« conseil de préfecture du Rhône a rejeté : 1° leurs de-
« mandes en réduction de la contribution foncière à laquelle
« la ville de Lyon a été imposée... à raison de l'abattoir et
« du marché aux bestiaux, etc.; 2° leurs demandes en dé-
« charge de la taxe représentative des droits de mutation à
« laquelle la ville de Lyon a été imposée à raison des mêmes
« établissements; ce faisant, et attendu... en ce qui concerne
« la taxe représentative des droits de mutation, que l'abattoir
« et le marché de Vaise seraient la propriété des requérants
« et ne pourraient pas être rangés parmi les biens immeu-
« bles que l'article 1er de la loi du 20 février 1849 désigne
« comme passibles de la taxe, leur accorder la décharge de-
« mandée;

« Vu notre décret, en date du 30 avril 1856, autorisant la
« ville de Lyon à établir dans le quartier de Vaise un abattoir
« et un marché aux bestiaux et à acquérir, soit à l'amiable,
« soit par voie d'expropriation, tous les domaines nécessaires
« à ces établissements; ensemble le cahier des charges y an-
« nexé; — Vu la loi du 3 frimaire an VII, notamment l'ar-
« ticle 105; le décret du 11 août 1808, notamment l'article 4;
« les articles 403 et 404 du *Recueil méthodique des lois et*
« *règlements sur le cadastre,* approuvé par le ministre des
« finances; — Vu la loi du 20 février 1849;

« En ce qui touche la contribution foncière:

« Considérant que, d'après les dispositions ci-dessus visées,
« l'exemption de la contribution foncière n'est applicable
« aux immeubles qui sont une propriété publique et qui sont
« destinés à un service public, qu'autant que ces immeubles
« ne sont pas productifs de revenus, etc.;

« En ce qui touche la taxe représentative des droits de
« mutation:

« Considérant qu'aux termes de notre décret du 30 avril
« 1856, c'est la ville de Lyon qui a été autorisée à établir
« ledit abattoir et ledit marché aux bestiaux, et à acquérir
« tous les terrains nécessaires à la construction de ces éta-
« blissements; que si, par suite de la concession qui a été
« consentie par cette ville aux sieurs Passant et Cᵉ, du droit
« d'exploiter l'abattoir et le marché pendant trente-quatre
« ans et cinq mois, ces concessionnaires ont été chargés de
« l'acquisition des terrains et de la construction des bâti-

Digitized by Google

« ments, il résulte du cahier des charges que, pendant la « durée de la concession, les sieurs Passant et Cᵉ ne peuvent « consentir l'aliénation d'aucune partie de ces immeubles, « qui doivent être remis à la ville en bon état à l'expiration « de sa concession; que, dans ces circonstances, c'est avec « raison que la taxe représentative des droits de mutation, « établie par la loi du 20 février 1849, a été assise sur ces « immeubles au nom de la ville de Lyon, etc. »

On voit que, dans cette affaire, la question de savoir si la taxe était due se trouvait subordonnée à celle de savoir si les réclamants étaient ou n'étaient pas propriétaires des immeubles imposés, et, sous ce rapport, on pouvait se demander si la juridiction administrative était compétente pour trancher une telle question. Mais le doute à cet égard n'aurait guère pu naître que d'une confusion. (V. à ce sujet le n° 13, *infrà.*)

11. L'établissement propriétaire d'un immeuble affermé par bail emphytéotique doit-il, pour cet immeuble, la taxe de mainmorte?

J'écarte d'abord, avec MM. Serrigny (*Questions et Traités de droit administratif*, p. 293) et Dalloz (*loc. cit.*, v° TAXES, n° 15), le cas d'emphytéose perpétuelle : car, en réalité, dans notre droit moderne, ce contrat transfère à l'emphytéote le plein domaine de la chose; la propriété même appartient au preneur, qui n'est preneur que de nom, et dès lors c'est à lui seul, si d'ailleurs il rentrait dans la catégorie des personnes civiles énumérées par l'article 1ᵉʳ de la loi de 1849, que pourrait et devrait être imposée la taxe de mainmorte.

Le doute ne saurait exister que pour le cas de l'emphytéose temporaire, qui peut être constituée pour quatre-vingt-dix-neuf ans, mais qui peut l'être aussi pour une durée moindre.

Dans l'une des affaires qui ont amené la question devant le Conseil d'État, le conseil de préfecture, sur l'avis conforme du directeur des contributions directes, avait accueilli la demande en décharge présentée par l'établissement imposé. L'emphytéose, avait-il dit, est un contrat *sui generis*, qui a pour effet de diviser la propriété en deux parties, le domaine direct et le domaine utile : le domaine utile appartient tout entier au preneur pendant la durée du bail; le preneur peut vendre, donner, échanger, sauf résolution à la fin du bail si

Digitized by Google

le bailleur ne ratifie pas ces dispositions de la chose; il a les actions réelles; enfin il paye les droits de mutation à chaque transmission de son droit; le bailleur ne peut donc, à aucun titre, être assujetti à la taxe de mainmorte.

Mais, de ce que l'emphytéote a un droit réel sur la chose ou dans la chose, il ne s'ensuit pas que le bailleur n'en demeure pas propriétaire. L'emphytéose temporaire est un bail, et, par cela seul, la question qui nous occupe est doublement résolue : car, d'une part, l'immeuble *appartient* au bailleur; d'autre part, l'article 3 de la loi de 1849 atteint précisément les baux, en mettant la taxe à la charge du bailleur, sans distinction.

C'est en ce sens que la jurisprudence du Conseil d'État s'est prononcée, par trois arrêts des 13 août 1851 (*hospice de Château-du-Loir*), 5 mars 1852 (*ville de Vic*) et 3 février 1853 (*ville de Bordeaux*).

Là n'est pas, au surplus, la principale difficulté de la question. Le principe de l'impôt étant admis, il s'agit de savoir quelle doit être sa quotité, et ici se présentent des embarras assez sérieux, ainsi qu'on le verra au sujet du calcul de cet impôt (n° 26, *infrà*).

12. Les chemins de fer et les canaux, concédés à temps ou à perpétuité, sont-ils passibles de la taxe de mainmorte? en d'autres termes, *appartiennent-ils* aux compagnies concessionnaires?

Sur cette question, plus importante que difficile, j'emprunte d'abord au *Recueil des arrêts du Conseil d'État* (1851, p. 191), l'analyse suivante des conclusions données par M. Cornudet, alors commissaire du gouvernement, dans les premières affaires de ce genre qui se sont présentées :

« Il faut, avant tout, bien préciser le débat. Le litige ne « porte que sur le sol des chemins de fer et sur ses dépen- « dances nécessaires, et nullement sur des immeubles que « la compagnie pourrait posséder à titre privé dans les com- « munes où elle se plaint d'avoir été injustement imposée. « Il ne comprend d'ailleurs que des immeubles proprement « dits, et non des immeubles par destination, comme se- « raient les rails et le matériel affecté à l'exploitation du « chemin. La compagnie demande seulement à être dé- « chargée de la taxe assise sur le sol du chemin lui-même et

Digitized by Google

« sur ses dépendances; voilà l'objet unique de la contesta-
« tion.

« La compagnie est-elle fondée dans sa demande?

« Aux termes de la loi du 20 février 1849, trois conditions
« sont nécessaires pour que les compagnies anonymes puis-
« sent être assujetties à la taxe des biens de mainmorte; il
« faut qu'il s'agisse : 1° d'immeubles; 2° d'immeubles pas-
« sibles de la contribution foncière; 3° d'immeubles appar-
« tenant à ces compagnies. Or, d'après ce qui a été dit, il
« s'agit bien d'immeubles dans l'espèce; on pourrait même
« accorder qu'il s'agit d'immeubles *passibles* de la contribu-
« tion foncière, non point parce que les chemins de fer se-
« raient, par leur nature même, passibles de cette espèce de
« contribution, mais en ce sens seulement qu'ils y sont
« soumis par suite d'une disposition purement fiscale, in-
« sérée dans les cahiers des charges des compagnies conces-
« sionnaires. On pourrait concéder ce point. Mais resterait
« encore la troisième condition : s'agit-il d'immeubles *appar-*
« *tenant* à la compagnie demanderesse? En termes généraux,
« les compagnies de chemins de fer sont-elles *propriétaires*
« du sol desdits chemins et de leurs dépendances?

« La négative ne paraît pas douteuse pour celles de ces
« compagnies qui, comme la compagnie du chemin du
« Centre, ne sont que fermières de l'exploitation des che-
« mins dont il s'agit : en effet, dans ce cas, le sol du chemin
« a été acheté par l'État, les départements et les communes,
« puis *donné à bail* à la compagnie chargée de l'exploitation
« (loi du 11 juin 1842); celle-ci ne peut donc pas en être
« propriétaire.

« En est-il autrement pour les compagnies concession-
« naires? On a exigé de ces dernières le remboursement du
« prix d'acquisition des terrains et d'exécution des ouvrages
« d'art, et cette circonstance semble rendre la question plus
« délicate. Elle doit néanmoins recevoir la même solution.
« En effet, dans tous les cas, et par leur nature même, les
« chemins de fer font partie de la grande voirie, et, par
« suite, du domaine public; c'est l'article 1er de la loi du
« 15 juillet 1845 qui proclame ce principe, aujourd'hui in-
« contestable, mais qui n'a pas été admis cependant sans
« une vive opposition. Or, dire qu'ils font partie du domaine

Digitized by Google

« public, c'est les ranger dans la classe des immeubles qui « ne sont pas susceptibles de propriété privée (art. 538 C. « civ.); c'est exclure, par conséquent, le droit de propriété « des compagnies concessionnaires.

« Une seule objection sérieuse est faite par le ministre des « finances. Il rappelle que diverses lois, en autorisant des « prêts, au nom de l'État, à des compagnies concessionnaires « de chemin de fer, ont déclaré que ces compagnies affecte- « raient à la garantie du payement des intérêts et du rem- « boursement du capital, le chemin de fer lui-même et « toutes ses dépendances, et consentiraient des inscriptions « hypothécaires sur lesdits chemins (voir notamment plu- « sieurs lois du 15 juillet 1840); le ministre induit de là que « ces lois ont considéré les compagnies comme propriétaires.

« On pourrait répondre d'abord que c'est là donner une « portée bien grave à quelques expressions insérées dans « des lois toutes antérieures à celle du 15 juillet 1845, c'est- « à-dire remontant à une époque où les questions de che- « mins de fer étaient loin d'avoir reçu les développements « que leur ont donnés depuis tant cette dernière loi que le « règlement d'administration publique du 15 novembre 1846. « Mais il y a mieux, et ceci est péremptoire : on n'hypo- « thèque pas seulement les immeubles dont on est propriété « taire ; on peut hypothéquer aussi l'usufruit de ces mêmes « immeubles pendant le temps de sa durée (art. 2118 C. civ.). « Or, est-il possible de supposer que les lois invoquées aient « voulu autoriser les compagnies à hypothéquer autre chose « que leur concession, leur usufruit, et leur conférer le « droit d'hypothéquer le sol même du chemin, c'est-à-dire « un immeuble qui n'est pas plus susceptible d'hypothèque « que de propriété privée ?

« Ainsi les chemins de fer et leurs dépendances néces- « saires n'appartiennent point aux compagnies qui les ex- « ploitent, pas plus aux compagnies concessionnaires qu'à « celles qui ne sont que fermières. Donc on ne peut imposer « ni aux unes ni aux autres, à raison de ces chemins, la taxe « établie par la loi du 20 février 1849.

« Allons plus loin; supposons les compagnies propriétaires. Nous disons que, même dans ce cas, elles ne de- « vront pas la taxe dont il s'agit. Cette taxe, en effet, repré-

Digitized by Google

« sente des droits de mutation qui devraient être payés, mais « qui ne le sont jamais, ou bien rarement, à raison de la « qualité même des propriétaires, lesquels ne meurent pas « et n'aliènent que par exception; on a voulu atteindre par « cet impôt des biens qui, s'ils étaient entre les mains de « particuliers, payeraient les droits de mutation ordinaires, « et qui ne les acquittent pas, seulement parce qu'ils appar- « tiennent à des établissements de mainmorte. Or, supposons « un chemin de fer entre les mains d'un particulier; est-ce « qu'il va être assujetti à l'impôt des mutations? Non, car il « est inaliénable par sa nature. Comment donc, lorsqu'il se « trouve entre les mains d'une compagnie, lui ferait-on sup- « porter la taxe représentative des droits de mutation? Il n'y « a pas de droits de mutation possibles à l'égard d'un im- « meuble légalement inaliénable.

« Il nous paraît donc qu'il y a lieu d'affranchir les chemins « de fer de la taxe, soit parce qu'ils font partie du domaine « public, soit parce qu'ils ont été déclarés inaliénables à « raison même de leur nature. »

Ces conclusions ont été adoptées par le Conseil d'État, dont le premier arrêt, pour les chemins de fer, est ainsi conçu (8 février 1851) :

« Considérant que la taxe représentative des droits de « transmission entre-vifs et par décès, qui a été créée par « la loi du 20 février 1849, ne porte que sur les biens im- « meubles, passibles de la contribution foncière, qui appar- « tiennent aux établissements ou personnes civiles désignés « par l'article 1er de cette loi;

« Considérant que, si le chemin de fer du Centre et ses « dépendances constituent des immeubles soumis à la con- « tribution foncière par le cahier des charges annexé à la « loi spéciale du 26 juillet 1844[1], il résulte, soit de ladite « loi et dudit cahier des charges, soit des lois générales de « la matière, que ce chemin de fer n'appartient pas à la com- « pagnie à laquelle l'exploitation temporaire en a été adjugée « à titre de bail[2], mais qu'il fait partie du domaine public;

[1] Relative à l'établissement de ce chemin.

[2] Cette phrase a dû être et a été modifiée dans les affaires où il ne s'agissait pas de compagnies fermières, mais de compagnies concessionnaires. On a dit alors : *à laquelle l'exploitation en a été concédée.*

Digitized by Google

« que, dès lors, si les immeubles appartenant à ladite com-
« pagnie sont passibles de la taxe établie par la loi précitée
« du 20 février 1849, ladite taxe ne saurait être assise, comme
« elle l'a été dans l'espèce, sur le chemin de fer lui-même
« et sur celles de ses dépendances qui font, avec lui, partie
« du domaine public; qu'ainsi c'est avec raison que le con-
« seil de préfecture du Cher en a déchargé la compagnie
« défenderesse;

« Art. 1er. Les pourvois du ministre des finances sont rejetés, etc. »

Pour les canaux, même concédés à perpétuité, et à l'égard desquels cette dernière circonstance pouvait donner lieu à des doutes plus sérieux, la même solution a également prévalu. Nous citons, notamment, un arrêt du 22 mars 1851, relatif à la compagnie des canaux d'Orléans et du Loing.

« Sans qu'il soit besoin d'examiner si la compagnie des
« canaux d'Orléans et du Loing constitue une société ano-
« nyme ou un établissement public;

« Considérant que les canaux d'Orléans et du Loing, quels
« que soient les termes dans lesquels la concession en a été
« faite à la compagnie réquérante ou à ses auteurs, sont
« affectés à un service public et perpétuel de navigation, à
« raison et par suite duquel ils ont le caractère de biens dé-
« pendant du domaine public; qu'ainsi, encore bien qu'ils
« soient soumis à la contribution foncière en vertu de la loi
« du 5 floréal an XI, ils ne rentrent pas dans la catégorie
« des immeubles appartenant aux établissements ou per-
« sonnes civiles désignés par la loi du 20 février 1849, et qui
« sont, à ce titre, passibles de la taxe représentative des droits
« de transmission entre-vifs et par décès créée par ladite
« loi;

« Art. 1er. L'arrêté ci-dessus visé... est annulé.— Art. 2.
« La compagnie des canaux d'Orléans et du Loing est et
« demeure déchargée des taxes auxquelles elle a été im-
« posée, etc. »

Cette jurisprudence, contraire, il est vrai, à la thèse soutenue par l'adminisration des contributions directes, mais conforme à la doctrine du ministère de travaux publics, a été confirmée par d'autres arrêtés des 8 février 1851 (*chemins de fer de Paris à Rouen, de Rouen au Havre, de Paris à Stras-*

Digitized by Google

bourg, etc.), 22 mars 1851 (*chemin de fer du Centre, canal du Midi, canal de Briare, canaux de Beaucaire à Aigues-Mortes, canal du Rhône au Rhin*), 3 mai 1851 (*chemin de fer de Creil à Saint-Quentin*), 24 mai 1851 (*canal du Midi*), 26 juillet 1851 (*chemin de fer de Strasbourg à Bâle*), 29 novembre 1851 (*chemin de fer d'Amiens à Boulogne*), 14 septembre 1852 (*chemin de fer du Nord*), 2 *juin* 1853 (*chemin de fer de Saint-Étienne à Lyon*), etc.

L'exemption a d'ailleurs été appliquée par le Conseil d'État, indépendamment de la voie de fer proprement dite, aux bâtiments des gares et notamment à ceux qui sont affectés au service des bureaux. C'est ce qui a été jugé par l'arrêt suivant (11 janvier 1866) :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que les maisons « dites Thévenin et Saint-Ildephonse, à raison desquelles la « compagnie des chemins de fer de Paris à Lyon et à la Mé- « diterranée a été imposée à la taxe représentative des droits « de transmission entre-vifs et par décès, pour 1864, sur le « rôle de la ville de Mâcon, servent à l'exploitation du chemin « de fer et font partie intégrante de la gare située dans cette « ville; qu'il suit de là que lesdites maisons sont une dépen- « dance du chemin de fer et devront, comme la voie ferrée « elle-même, faire retour à l'État à la fin de la concession; « qu'ainsi elles ne sont pas la propriété de la compagnie[1], « et que dès lors c'est à tort que le conseil de préfecture a « rejeté la demande en décharge présentée par ladite com- « pagnie, etc. »

La même solution a aussi été admise pour un local affecté au buffet d'une station. On pouvait dire cependant et le conseil de préfecture avait dit, dans l'espèce, que ce local ne constituait pas une dépendance nécessaire de la voie de fer, et qu'ainsi il rentrait dans la catégorie de ces biens privés, à raison desquels les compagnies anonymes de chemin de fer peuvent et doivent être soumises à la taxe. Le Conseil d'État n'a pas admis ces raisons. Son arrêt, en date du 22 août 1853 (*chemin de fer de Paris à Orléans*), est ainsi conçu :

[1] Il n'y avait pas de difficulté à fondre ici la décision de ces motifs : car ils étaient présentés par la compagnie elle-même à l'appui de son pourvoi.

Digitized by Google

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que le local à « raison duquel la compagnie du chemin de fer de Paris à « Orléans a été imposée à la taxe des biens de mainmorte, « et qui est affecté au buffet de la station d'Orléans, fait « partie intégrante de la gare de cette station; qu'il suit de « là que ledit local est une dépendance du chemin de fer, « ayant le caractère des biens du domaine public, et que dès « lors c'est à tort que le conseil de préfecture a rejeté la de- « mande de la compagnie, tendant à ce qu'il lui fût accordé « décharge de ladite taxe ;

« Art. 1er. L'arrêté susvisé... est annulé. — Art. 2. Il est « accordé décharge, etc. »

On voit, du reste, que c'est là un arrêt d'espèce, et il est permis de croire que la solution ne serait pas la même dans le cas où le buffet pourrait être considéré comme ne faisant pas partie intégrante de la gare elle-même.

Enfin, ainsi que le faisait pressentir la réserve insérée dans l'arrêt ci-dessus rapporté du 8 février 1851 et dans beaucoup d'autres, le Conseil d'État a décidé que les compagnies anonymes de chemins de fer sont passibles de la taxe de mainmorte pour les immeubles qui ne font pas partie de la voie de fer et de ses dépendances nécessaires, et qui constituent entre leurs mains une propriété ordinaire. Ce point, qui ne pouvait faire difficulté, et qui s'appliquerait également aux compagnies anonymes exploitant les canaux, a été expressément consacré par un arrêt du 6 janvier 1853 (*chemin de fer du Nord*).

J'ai dit, en commençant cet exposé, que la question qui en fait l'objet est plus importante que difficile. Cependant la solution qu'elle a reçue du Conseil d'État a été vivement critiquée par M. Serrigny (*Questions et Traités de droit administratif*, p. 295). La juste autorité que M. Serrigny s'est acquise dans la science du droit administratif, et que nul n'apprécie et ne reconnaît mieux que moi, m'impose l'obligation de soumettre ses objections à un examen attentif; mais j'espère ne pas me faire illusion en disant qu'elles ne résisteront pas à cette épreuve.

En fait, d'abord, c'est par erreur que l'auteur de cette critique présente son opinion comme conforme à celle *du ministère public devant le Conseil d'État*. J'ai cité ci-dessus les

Digitized by Google

conclusions de M. Cornudet, et les divers membres du ministère public, qui ont eu, depuis lors, l'occasion de porter la parole dans les affaires de même nature, se sont unanimement associés à ces conclusions. Je crois, en outre, ne commettre aucune indiscrétion et ne manquer à aucune convenance en ajoutant que la même unanimité s'est rencontrée, dès l'origine, sur le fond du débat, dans le sein du Conseil.

En droit, M. Serrigny commence par établir entre les chemins de fer et les offices vénaux une assimilation qui n'est pas exacte à tous égards, et qu'il me paraît inutile de discuter, parce qu'elle ne résout pas la question; puis il continue ainsi :

« Il est parfaitement vrai que ces voies de communication « sont dans le domaine public; mais il ne s'ensuit nullement « qu'elles n'appartiennent pas aux compagnies concession- « naires. Cela s'explique et se concilie au moyen de la dis- « tinction suivante : elles sont du domaine public quant à « l'usage auquel elles sont soumises, quant à l'imprescripti- « bilité qui les protége, quant au régime de la grande voirie « et aux lois et règlements de police qui les régissent; elles « sont dans la propriété des compagnies quant aux produits « utiles qu'elles peuvent procurer. Les compagnies conces- « sionnaires, quant à tous ces produits utiles, sont *loco do-* « *mini;* elles exercent tous les droits utiles du maître, soit à « perpétuité, si la concession est perpétuelle, soit à temps, « si la concession est temporaire. »

Mais la distinction proposée n'explique et ne concilie rien, ou pour mieux dire, elle n'amène et ne justifie en aucune façon la conclusion que l'on en tire. Pour être passible de la taxe de mainmorte, il ne suffit pas, et, réciproquement, il n'est pas nécessaire d'être *loco domini*, d'avoir un droit de jouissance plus ou moins étendu : l'usufruitier ne la doit pas, le nu-propriétaire la doit. Peu importe, aux yeux de la loi du 20 février 1849, que vous ayez certains attributs de la propriété : ce que la loi veut, c'est que vous soyez propriétaire, c'est que l'immeuble vous appartienne, c'est que vous puissiez en disposer à ce titre. Et, si elle le veut ainsi, c'est parce que la taxe nouvelle qu'elle a établie représente des droits qui seraient perçus, non pas sur l'aliénation de la jouis-

Digitized by Google

sance ou d'un émolument utile quelconque, mais sur l'aliénation de la propriété même. C'est ce but fondamental de la loi que l'habile jurisconsulte a perdu de vue : c'est là, il faut bien le dire, le motif péremptoire et irréfutable de la jurisprudence qu'il a combattue. La taxe de mainmorte représente et remplace des droits *de mutation de la propriété*, que le trésor percevrait si tel immeuble déterminé était entre les mains d'un particulier, et qu'il ne perçoit pas parce que cet immeuble est entre les mains d'un établissement qui ne meurt pas; donc, là où le trésor ne perd rien, là où il ne percevrait rien quand même la chose serait entre les mains d'un particulier, là enfin où il s'agit de biens frappés d'inaliénabilité légale (et c'est le cas des voies de fer et des canaux), le principe même de la taxe disparaît, la taxe n'est pas due. A ce point de vue, on pourrait même admettre, comme l'a fait remarquer M. Cornudet, que les chemins de fer et les canaux appartiennent aux compagnies concessionnaires : même alors elles pourraient encore échapper à une taxe qui n'est que représentative de droits dont elles ne priveraient pas l'État.

M. Serrigny ajoute :

« Le ministre des finances faisait d'ailleurs une objection « à laquelle il n'y avait rien de sérieux à répondre; il rap- « pelait que diverses lois, en autorisant des prêts, au nom « de l'État, à des compagnies concessionnaires de chemins « de fer, ont déclaré que ces compagnies affecteraient à la « garantie du payement du capital et des intérêts le chemin « de fer lui-même et toutes ses dépendances, et consenti- « raient des inscriptions hypothécaires sur ces chemins. « Donc, il est plus clair que le jour que le législateur a re- « connu que les chemins de fer concédés *appartiennent*, sous « le rapport du domaine utile, aux compagnies concession- « naires, etc. »

Il est assurément regrettable que M. Serrigny n'ait pas connu la discussion de M. Cornudet sur cette question : car d'abord, s'il l'avait connue, il n'aurait pas invoqué, à l'appui de son système, l'autorité de l'organe du ministère public devant le Conseil d'État; de plus, il y aurait trouvé une réponse décisive à l'objection secondaire du ministre des finances. Je me borne à renvoyer à cette dis-

Digitized by Google

cussion : c'est elle qui est, sur ce point, plus claire que le jour.

M. Serrigny a invoqué, en terminant, de hautes considérations d'intérêt social : il s'est révolté surtout de voir que des compagnies qui possèdent des millions et des milliards échappent à un impôt qui frappe les hospices, les établissements de bienfaisance, alors même que ces établissements n'ont encore qu'une nue propriété.

Je crains que cette observation, à l'insu de l'auteur, ne prenne sa source dans ce sentiment de malveillance démocratique qui poursuit trop souvent dans notre pays les grandes compagnies. Comment M. Serrigny n'a-t-il pas vu que, si quelques-unes de ces compagnies possèdent des capitaux considérables et réalisent des bénéfices importants, si dès lors elles doivent supporter une part proportionnelle des charges publiques, la conséquence ne saurait en être qu'elles doivent supporter indistinctement toutes ces charges, même celles qui, par leur but et leur caractère spécial, ne sont pas de nature à les atteindre? Certes, je suis de ceux qui regrettent que la taxe sur les biens de mainmorte atteigne même les établissements qui n'ont encore que la nue propriété de leurs immeubles; je suis de ceux qui regrettent que la loi, pour la plus grande commodité du travail législatif et de l'exécution pratique, se soit exclusivement attachée au fait de la propriété, sans se préoccuper des circonstances dans lesquelles la conséquence ainsi attachée à ce fait, isolément considéré, pouvait rester en deçà ou aller au delà du but. Mais, après tout, c'est la loi; il faut bien la prendre ainsi, et même il convient de répéter, en ce qui touche les chemins de fer et les canaux, que, sauf à examiner s'ils ne devraient pas supporter tel ou tel autre impôt, leur inaliénabilité légale ne permettrait, dans aucun cas, de leur appliquer le principe de la taxe des biens de mainmorte.

S'il fallait enfin se placer sur le terrain de ces hautes considérations auxquelles on a fait allusion, rien ne serait plus facile que de faire ressortir celles qui s'ajouteraient ici au texte et à l'esprit de la loi pour maintenir aux chemins de fer et aux canaux le caractère de biens du domaine public, et pour éviter de reconnaître un droit de propriété sur ces voies de communication aux compagnies qui les exploitent.

Digitized by Google

Cette face du sujet avait, dans les espèces sur lesquelles il a été consulté, frappé le ministre des travaux publics : il me paraît superflu d'y insister ici.

En résumé, la jurisprudence du Conseil d'État sur ce point est aussi constante qu'inattaquable[1], et je ne m'étonne pas que le ministère des finances n'ait pas songé à la renverser, soit par voie législative, soit en provoquant l'exercice du droit extrême qui appartient au gouvernement de substituer aux décisions préparées par le Conseil d'État une décision différente. Ce n'est pas sans un profond étonnement et un bien vif regret que j'ai vu M. Serrigny donner à l'administration ce dernier conseil, qui n'est guère d'accord avec l'esprit général des doctrines de l'auteur. Le jour où ce conseil serait suivi, un coup mortel serait porté à la juridiction contentieuse du Conseil d'État[2].

13. Le quatrième paragraphe de la circulaire déjà citée du 10 mars 1849 contient ce qui suit :

« Dans certaines localités, des propriétés sont imposées « sous le nom d'habitants qui en jouissent temporairement « ou à vie, quoique le fonds ne cesse pas d'appartenir aux « communautés; dans d'autres, des biens possédés depuis « longtemps par des établissements de mainmorte sont de- « meurés inscrits aux articles des anciens propriétaires, ou « sont imposés sous le nom d'un membre des établissements « ou sous celui d'un fidéicommissaire. Les contrôleurs re- « chercheront avec soin les propriétés qui se trouveraient « dans un des cas indiqués; ils consulteront à cet effet les « maires, les percepteurs, les receveurs des établissements, « et porteront les propriétés qu'ils auront découvertes au « nom des établissements qui en sont véritablement propri- « taires. »

Le principe de ces prescriptions est incontestable. Leur utilité est moins certaine; car, lorsqu'un immeuble est pos-

[1] V. en ce sens MM. Dalloz (*loc. cit.*, n° 18) et Dufour (*Droit administratif*, 2e éd., t. III, p. 191).

[2] Ce n'est pas ici le lieu de développer cette dernière réflexion. Il me suffit de me référer aux observations faites sur ce grave sujet, soit par M. Dufour dans la 2e édition de son *Traité de droit administratif*, t. II, p. 307-309, soit par l'homme éminent (M. Vivien) que la science administrative a perdu en 1854 (*Études administratives*, 2e éd., t. Ier, p. 157-164), etc.

Digitized by Google

sédé par un particulier, qui en est propriétaire apparent, le trésor est assuré de percevoir et perçoit, en effet, les droits de mutation à chaque décès, et cette perception peut être plus avantageuse pour lui que celle de la taxe de mainmorte.

Du reste, si le particulier, porté au rôle de la contribution foncière pour des biens que l'on voudrait imposer à la taxe de mainmorte sous le nom d'un établissement public, contestait cette prétention en maintenant qu'il est réellement propriétaire de ces biens, ce serait aux tribunaux qu'il appartiendrait de connaître de cette question. En attendant, le rôle de la contribution foncière devrait habituellement servir de règle.

C'est ce qui a été reconnu par le Conseil d'État, non pas dans cette espèce même, mais dans la situation inverse, à l'égard d'habitants d'une section de commune qui prétendaient être propriétaires *ut singuli* de biens pour lesquels les habitants *ut universi*, c'est-à-dire la section, étaient portés au rôle de la contribution foncière, et avaient été par suite imposés à la taxe de mainmorte. Le Conseil a statué en ces termes, le 5 mars 1852 (*Richard et consorts*) :

« Sans qu'il soit besoin de statuer sur la question de sa-
« voir si les sieurs Olivier Richard et consorts avaient qualité
« pour réclamer *ut singuli* la décharge de la taxe des biens
« de mainmorte, inscrite au rôle de la commune de Saint-
« Maurice-de-Ventalon, sous le nom des habitants du Troubat
« et des Enfruits;

« Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la loi du
« 20 février 1849, les formes prescrites pour l'assiette et le
« recouvrement de la contribution foncière doivent être sui-
« vies pour l'établissement et la perception de la taxe des
« biens de mainmorte;

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que les immeu-
« bles, objet de la contestation, sont inscrits au rôle de la
« contribution foncière de la commune de Saint-Maurice-de-
« Ventalon, sous le nom des habitants du Troubat et des
« Enfruits, et que les sieurs Olivier Richard et consorts n'ont
« élevé aucune réclamation sur cette inscription; que, dans
« ces circonstances, et jusqu'à ce que les réclamants aient
« établi, s'il y a lieu, par les voies de droit, qu'ils sont pro-
« priétaires des immeubles dont il s'agit, la taxe des biens

Digitized by Google

« de mainmorte doit être maintenue et recouvrée sous le « nom desdits habitants du Troubat et des Enfruits ;

« Art. 1er. La requête des sieurs Olivier Richard et consorts « est rejetée. »

Mais si le particulier, porté au rôle foncier comme propriétaire, n'élevait aucune réclamation contre l'inscription de la commune ou d'un autre établissement au rôle de la taxe de mainmorte, et si le débat s'engageait seulement entre cette commune ou cet établissement et l'administration, la juridiction administrative serait parfaitement compétente pour trancher elle-même la question, au point de vue et pour l'application de la loi du 20 février 1849. C'est ce qui résulte implicitement de deux arrêts du 12 décembre 1851 (*communes de Schaffhausen et de Hatmatt*). Dans ces espèces, les communes avaient été imposées à la taxe de mainmorte, à raison de terrains pour lesquels divers habitants étaient portés au rôle de la contribution foncière, mais que les agents des contributions directes, procédant en exécution de la circulaire ci-dessus citée, avaient considérés comme étant des propriétés communales. Elles avaient réclamé en faisant connaître que les terrains dont il s'agissait avaient été partagés, soit en 1793, soit plus anciennement, entre les habitants, à la condition de payer une rente annuelle à la commune, et sous cette restriction que chaque lot serait attaché à une maison et ne pourrait être aliéné qu'avec elle ; mais, sauf cette particularité, qui n'influait pas sur la propriété, les terrains avaient cessé d'appartenir aux communes, ils constituaient des propriétés privées, ils étaient journellement transmis, à titre gratuit ou onéreux, entre-vifs et par décès, et les détenteurs ou acquéreurs payaient, à chaque transmission, les droits de mutation de la propriété. Le conseil de préfecture du Bas-Rhin ayant fait droit à cette réclamation, M. le ministre des finances s'est pourvu devant le Conseil d'État, en soutenant que les communes devaient être considérées comme ayant au moins conservé la nue propriété des biens qui faisaient l'objet du litige. Mais il n'y a pas d'usufruit perpétuel dans notre droit; les transmissions ou cessions de l'usufruit ne donnent d'ailleurs pas lieu aux droits de mutation *de la propriété*. Aussi le Conseil d'État a-t-il rejeté le pourvoi dans les termes suivants :

Digitized by Google

« Considérant qu'il résulte de l'instruction et qu'il n'est « pas contesté par le ministre des finances que les habitants « de la commune de Schaffhausen ont la pleine et entière « disposition des immeubles dont il s'agit dans l'espèce, et « que chaque détenteur, en cas de transmission par actes « entre-vifs ou par décès, a constamment acquitté les droits « de mutation afférents auxdites transmissions; que, dès « lors, c'est avec raison que le conseil de préfecture du Bas- « Rhin a décidé qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer auxdits « terrains, pour l'année 1849, la loi du 20 février 1849, qui « a créé, sur les biens immeubles passibles de la contribution « foncière, appartenant aux établissements publics et aux « communes, une taxe annuelle représentative des droits de « transmission entre-vifs et par décès;

« Art. 1er. Le recours du ministre des finances est rejeté. »

L'arrêt concernant la commune de Hatmatt est à peu près conçu dans les mêmes termes.

L'auteur du *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, en rapportant ces décisions, s'est demandé si la juridiction administrative était compétente pour trancher ainsi des questions de propriété. Mais il a lui-même répondu à ce doute en remarquant que, par la force des choses, la loi sur la taxe des biens de mainmorte oblige souvent la juridiction qui connaît de cette taxe à apprécier la nature des droits de tel ou tel établissement sur les immeubles qu'il s'agit d'imposer, et que d'ailleurs cette juridiction ne fait cette appréciation qu'au point de vue fiscal, entre le trésor et le contribuable seulement, et sans engager ni compromettre le fond du droit quant à la propriété. Ce n'est pas, au surplus, le lieu d'approfondir les règles de la compétence en cette matière; elles rentrent dans les règles générales de la compétence en fait de contributions directes.

14. Une commune, propriétaire de biens qui lui avaient été légués à la charge de les aliéner pour faire un certain emploi du prix dans un temps déterminé, a prétendu qu'elle ne devait pas être assujettie, pour ces biens, à la taxe de mainmorte, attendu que la vente en était certaine, et qu'ainsi le trésor était assuré de percevoir ses droits de mutation. Cette prétention a été condamnée par un arrêt du 13 août 1851 (*ville d'Avignon*) ainsi conçu :

Digitized by Google

« Considérant que la loi du 20 février 1849 a établi, sur « les immeubles passibles de la contribution foncière et « appartenant aux communes, une taxe annuelle représenta- « tive des droits de transmission entre-vifs et par décès, sans « excepter de ses dispositions les biens dont la propriété au- « rait été transmise aux communes avec charge ou faculté de « les vendre; que, dès lors c'est à tort que le conseil de « préfecture de Vaucluse a accordé à la ville d'Avignon la « décharge par elle réclamée;

« Art. 1er. L'arrêté du conseil de préfecture... est annulé. « — Art. 2. La ville d'Avignon sera rétablie au rôle, etc. »

Le *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, en rapportant cette décision, a fait observer que la question n'en était pas une en ce qui concernait les immeubles transmis avec *faculté* de les vendre : car c'est précisément cette circonstance qui les rend passibles de la taxe de mainmorte, établie sur des biens qui pourraient être aliénés, mais qui ne le sont pas ou ne le sont que rarement, à raison de la qualité des propriétaires.

Aussi faut-il s'étonner qu'une demande en décharge soit arrivée jusqu'au Conseil d'État, fondée sur ce singulier motif que le réclamant avait la faculté d'aliéner les immeubles dont il s'agissait. C'est ce qu'a soutenu, pourtant, la société de la Vieille-Montagne, dans un pourvoi qui a été rejeté le 12 décembre 1851.

15. La taxe est-elle due relativement à des immeubles acquis par voie d'expropriation pour cause d'utilité publique dans l'intervalle qui s'écoule (et qui est quelquefois assez long) entre cette acquisition et leur incorporation effective au domaine public par l'exécution du travail en vue duquel ils ont été achetés? La négative a été jugée par l'arrêt suivant, dans une espèce où il était certain que cette exécution était imminente (14 janvier 1858) :

« Vu le recours de notre ministre des finances, tendant à « ce qu'il nous plaise annuler divers arrêtés par lesquels le « conseil de préfecture de la Seine a accordé à la ville de « Paris décharge de la taxe dite des biens de mainmorte à « laquelle elle a été imposée, pour l'année 1857, à raison de « vingt-quatre maisons dont elle est propriétaire et qui sont « situées, etc.;

« Vu les observations du préfet de la Seine tendant au

Digitized by Google

« rejet du recours, par le motif que la taxe... ne s'applique « qu'aux immeubles qui, par le fait d'une possession con- « tinue, se trouvent mis hors du commerce, et que les mai- « sons pour lesquelles la ville de Paris a été portée au rôle « ont été acquises par voie d'expropriation pour cause d'uti- « lité publique, pour être démolies, et non pour être conser- « vées comme maisons productives de revenus;

« Vu la loi du 20 février 1849;

« Considérant qu'il n'est pas contesté par notre ministre « des finances que les maisons ci-dessus réédifiées ont été « acquises par la ville de Paris, par la suite des déclarations « d'utilité publique faites par l'autorité compétente, en vue « de l'amélioration de la voie publique; qu'elles ont été « expropriées sur leurs anciens propriétaires pour être « démolies et leur sol être réuni au domaine public; que « la circonstance qu'au 1er janvier 1857, la démolition de ces « maisons n'aurait pas encore été opérée ne peut les faire « considérer comme des propriétés bâties appartenant à la « ville de Paris, dont elle pouvait consentir l'aliénation à « des tiers et qui seraient, comme telles, imposables à la « taxe représentative des droits de transmission sur les im- « meubles;

« Art. 1er. Le recours de notre ministre des finances est « rejeté. »

Mais il importe de ne pas exagérer la portée de cette solution; dès l'année suivante, le Conseil d'État a été dans le cas de la restreindre ou de l'expliquer par un nouvel arrêt, ainsi conçu (16 mars 1859) :

« Vu le recours de notre ministre des finances, tendant à « ce qu'il nous plaise annuler deux arrêtés... par lesquels « le conseil de préfecture de la Seine a accordé à la ville de « Paris décharge de la taxe, dite des biens de mainmorte, à « laquelle elle a été imposée pour l'année 1858, à raison de « maisons dont elle est propriétaire et qui sont situées rue « Rambuteau, n° 77, et rue Saint-Denis, n° 148; ce faisant, « ordonne que la ville de Paris sera rétablie sur le rôle, etc.

« Vu les observations du préfet de la Seine [1];

[1] La défense du préfet de la Seine était la même ici que dans l'affaire précédente. Il ajoutait que si la ville avait restauré ces maisons, c'était

Digitized by Google

« Vu la loi du 5 frimaire an VII et celle du 20 février 1849;

« Considérant que si les maisons ci-dessus désignées ont « été acquises par la ville de Paris, par suite d'une déclara- « ration d'utilitépublique faite par l'autorité compétente, en « vue du boulevard de Sébastopol, il résulte de l'instruction « que c'est pour une partie seulement que ces maisons ont « été démolies et leur sol réuni à la voie publique; que « la partie des bâtiments situés en dehors de l'alignement « de cette voie a été conservée par la ville de Paris; que « cette ville a fait construire des façades et exécuter les « travaux d'appropriation nécessaires pour en faire des mai- « sons nouvelles, qu'elle a louées à des particuliers; que, dans « ces circonstances, lesdits immeubles, productifs de re- « venus et passibles de la contribution foncière, aux termes « de la loi du 3 frimaire an VII, étaient, par application de « l'article 1er de la loi du 20 février 1849, imposables à la taxe « représentative des droits de transmission entre-vifs et par « décès; que dès lors c'est à tort que conseil de préfec- « ture, etc.;

« Art. 1er. Les arrêtés du conseil de préfecture de la « Seine... sont annulés.

« Art. 2. La ville de Paris sera rétablie sur le rôle de « l'année 1858 à la taxe des biens de mainmorte, à raison « des maisons qu'elle possède rue Rambuteau, n° 77 et rue « Saint-Denis, n° 148. »

§ IV. — *L'établissement qu'il s'agit d'imposer doit être compris dans l'énumération faite par l'article 1er de la loi.*

16. Cette énumération comprend d'abord les départements et les communes. Il me suffit, sur la question de savoir quels sont ceux de leurs biens qui sont passibles de la taxe de mainmorte, de renvoyer aux lois et à la jurisprudence qui concernent l'impôt foncier.

Rappelons-nous néanmoins de nouveau que cette taxe ne

pour en faciliter et en accélérer la vente, afin de ne pas immobiliser longtemps un capital dont elle avait besoin pour la suite de ses expropriations. Mais cette dernière considération n'avait évidemment pas plus de valeur, en droit, que l'argument analogue inspiré, par exemple, à la Caisse hypothécaire par sa situation spéciale (n° 20, *infrà*).

Digitized by Google

frappe pas toutes les propriétés des départements et des communes, mais seulement celles qui sont passibles de la contribution foncière. Ainsi les rues, les places publiques servant aux foires et marchés, les chemins vicinaux, les églises et presbytères, les maisons d'école appartenant aux communes, les hôtels des préfectures et sous-préfectures, et autres bâtiments affectés à une destination d'utilité publique, ne sont passibles ni de l'impôt foncier (art. 103 de la loi du 3 frimaire an VII et décret du 11 août 1808), ni, par suite, de la taxe de mainmorte.

Mais la même exemption est inapplicable aux immeubles qui ne sont pas compris dans les exceptions établies par les dispositions précitées, alors même qu'ils semblent présenter un certain caractère d'utilité générale ou qu'ils ne sont pas productifs d'un revenu proprement dit. Les abattoirs, par exemple, sont assujettis à l'impôt foncier (5 septembre 1840, *ville de Caen;* 12 décembre 1851, *ville de Reims*). Il en est de même des théâtres, halles et marchés (26 octobre 1836, *ville d'Alençon;* 3 mars 1837, *commune de Beuzeville;* 27 mars 1865, *ville de Chartres;* 28 juin 1865, *ville de Caen*, etc.). Aussi ces immeubles sont-ils passibles de la taxe de mainmorte, comme l'a reconnu le Conseil d'État par un arrêté du 10 mai 1851 (*ville de Brest*), ainsi conçu [1] :

« Vu la requête présentée par le maire de la ville de « Brest..., tendant à l'annulation de deux arrêtés du conseil « de préfecture du Finistère, du 14 décembre 1849, qui ont « maintenu la taxe des biens de mainmorte établie, pour « l'année 1849, sur la halle au blé, le marché couvert de « Saint-Louis et la salle de spectacle appartenant à ladite « ville;

« Considérant que la loi de 20 février 1849 a créé sur les « biens immeubles, passibles de la contribution foncière, « appartenant aux communes, une taxe annuelle représen- « tative des droits de transmission entre-vifs et par décès;

« Considérant que la halle, le marché couvert et la salle « de spectacle, sur lesquels ladite taxe a été établie pour « l'année 1849, appartiennent à la ville de Brest;

« Considérant qu'aux termes de l'article 109 de la loi du

[1] J'ai déjà cité cet arrêt sous un autre point de vue (n° 8, *suprà*).

Digitized by Google

« 3 frimaire an VII, la contribution foncière est due par « les propriétés appartenant aux communes;

« Considérant que les édifices affectés aux halles et mar- « chés ne sont pas compris dans l'exception prévue par la- « dite loi pour les rues et places publiques servant aux foires « et marchés; que l'article 105 de ladite loi n'est appli- « cable qu'aux établissements d'utilité générale non pro- « ductifs; qu'il n'est pas contesté, dans l'espèce, que la « halle au blé et le marché couvert dont il s'agit produisent « un revenu à la ville de Brest;

« Considérant que les salles de spectacle ne peuvent être « considérées comme des établissements d'utilité générale « dans le sens de l'article 105 de la loi précitée, et qu'en « outre elles sont productives ou susceptibles de produire « un revenu [1];

« Art. 1er. La requête de la ville de Brest est rejetée. »

17. La loi s'applique également aux hospices, aux établissements de charité et aux bureaux de bienfaisance. C'est surtout à leur égard que la création de la taxe nouvelle a soulevé, dans la discussion législative, les plus vives critiques. La plupart de ces établissements, a-t-on dit, reçoivent des subventions, soit des communes, soit de l'État : si l'on aggrave leur situation en les frappant d'un impôt nouveau, il faudra augmenter ces subventions, et l'on ne fera que rendre d'une main ce qu'on aura perçu de l'autre; comprend-on, d'ailleurs, que l'une des premières mesures du gouvernement de 1848 soit dirigée contre l'intérêt des classes malheureuses, qui, à toute époque et sous tout gouvernement, mais surtout sous un régime démocratique, devraient obtenir une protection et une faveur spéciales? Ces objections, présentées d'abord par MM. Grelet et Besnard contre la loi tout entière, lors de la première lecture (16 janvier 1849), ont été reprises à la seconde lecture (9 février 1849), par MM. Huot et Legeard de la Diriays, en ce qui concernait seulement les établissements de bienfaisance; ils ont proposé, par un amendement formel, de retrancher ces établissements de l'énumération contenue dans l'article 1er.

[1] La ville de Brest se prévalait ici de cette circonstance qu'elle avait gratuitement concédé la jouissance de la salle de spectacle à un entrepreneur, et qu'ainsi elle n'en tirait pas de revenu.

Digitized by Google

Mais la réponse déjà faite aux mêmes arguments par la commission dans son rapport a été reproduite par divers orateurs, et il faut convenir que, le principe ou le besoin de la taxe étant admis, cette réponse ne pouvait guère manquer de prévaloir : car l'exemption réclamée par les hospices et les bureaux de bienfaisance aurait dû, en logique et en équité, être étendue aux fabriques, aux communes elles-mêmes, et la loi, ainsi réduite, aurait fini par s'annuler presque entièrement.

18. Aux établissements religieux expressément désignés par l'article 1er, c'est-à-dire aux séminaires [1], fabriques, congrégations religieuses et consistoires, il faut évidemment ajouter les autres établissements publics de même nature qui sont légalement autorisés, et qui se trouvent atteints, à ce titre, par la disposition générale du même article [2]. Ceci comprend, par exemple, dans le culte catholique, les cures, les menses épiscopales, et les chapitres (décret du 6 novembre 1813).

Quant aux congrégations religieuses, on a quelquefois prétendu que la loi devait s'appliquer même à celles de ces congrégations qui ne sont pas légalement autorisées, et qui n'ont qu'une existence de fait plus ou moins connue : on disait que la loi n'exige pas, en ce qui les concerne, la condition de l'autorisation, et que d'ailleurs cette situation même constituait une fraude dont il fallait punir les congrégations plutôt que de les en faire profiter.

Mais il était facile de répondre, d'abord, qu'aux yeux du législateur, il n'y a d'établissement public que celui qui est légalement constitué, et que cela n'est ni plus ni moins vrai des congrégations religieuses que de toutes les autres corporations ou personnes civiles. Il était facile de répondre, en second lieu, que, lorsqu'une congrégation religieuse existe de fait sans autorisation régulière, elle peut bien être considérée comme faisant fraude aux lois d'ordre public qui exigent cette condition, mais qu'elle en est déjà punie en ce qu'elle ne peut ni recevoir, ni acquérir, ni posséder comme

[1] Ceci comprend à la fois les séminaires diocésains et les petits séminaires, ou écoles secondaires ecclésiastiques (arrêt du 10 septembre 1856, *École secondaire ecclésiastique de Reims*).

[2] *Tous établissements publics légalement autorisés.*

Digitized by Google

être moral, et qu'en supposant même que cette répression dût paraître insuffisante au législateur, du moins il n'y a là aucune fraude à l'intérêt fiscal en vue duquel a été établie la taxe des biens de mainmorte : car une communauté de ce genre ne possède pas en son nom, elle possède sous le nom d'un particulier, et, lorsque ce particulier meurt, le fisc perçoit les droits de mutation ; le fisc est donc parfaitement désintéressé à ce point de vue, le seul qui doive être considéré en cette matière.

Aussi le conseil d'État n'a-t-il pas hésité à décider que les congrégations non autorisées, qui ne sont pas légalement des congrégations, ne peuvent être imposées à la taxe de mainmorte. Parmi ceux de ses arrêts qui l'ont ainsi jugé, je citerai seulement celui du 28 décembre 1853 (*dames Carmélites de Libourne*), conçu en ces termes :

« Considérant que la loi du 20 février 1849 assujettit à la « taxe des biens de mainmorte les immeubles possédés par « les congrégations religieuses légalement autorisées, mais « qu'il résulte de l'instruction que la congrégation des « dames Carmélites établie à Libourne n'est pas légalement « autorisée, et que les propriétés qui font l'objet de la ré- « clamation des dames Bernard, de la Salle et Bernadot, « ont été acquises par lesdites dames en leur nom personnel; « que dès lors c'est à tort que le conseil de préfecture a re- « jeté la réclamation présentée par lesdites dames ;

« Art. 1er. L'arrêté du conseil de préfecture de la Gi- « ronde, en date du... est annulé. — Art. 2. Il est accordé « aux dames... décharge, etc. [1]. »

Du reste, même légalement autorisé, un établissement soumis à la tutelle administrative ne peut être soumis à la taxe de mainmorte qu'autant qu'il a été régulièrement autorisé à acquérir des immeubles à raison desquels il s'agit de le frapper de cette taxe. C'est ce qui a été jugé par l'arrêt suivant (14 janvier 1858, *dames de l'Assomption*) :

« Considérant que les congrégations religieuses légale- « ment autorisées peuvent, aux termes de la loi du 20 fé- « vrier 1849, être imposées à la taxe représentative des

[1] Voir dans le même sens 14 juin 1851 (*Hureau*) et 15 décembre 1852 (*dame Gremeret*).

Digitized by Google

« droits de transmission entre-vifs et par décès, pour les im-
« meubles dont elles sont propriétaires;

« Mais considérant qu'aux termes de l'article 4 de loi du
« 24 mai 1825, les congrégations religieuses dûment auto-
« risées ne peuvent acquérir des biens meubles et immeubles
« qu'avec l'autorisation du gouvernement;

« Considérant qu'il est reconnu par notre ministre des
« finances qu'au 1er janvier 1857, la congrégation des dames
« de l'Assomption n'avait pas encore été autorisée par nous
« à accepter la rétrocession de l'immeuble dit *le Parc de*
« *la Tuillerie*, qui lui a été faite par les dames Milleret,
« O'Neill, de Commargue et Berrier, par acte du 12 fé-
« vrier 1856; qu'ainsi, au commencement de l'année 1857,
« la congrégation n'était pas encore propriétaire dudit im-
« meuble; que dès lors c'est à tort, etc.;

« Art. 1er. L'arrêté du conseil de préfebture de la Seine...
« est annulé.

« Art. 2. Il est accordé à la congrégation des dames de
« l'Assomption décharge, etc. »

19. Ce n'est pas sans difficulté que les sociétés anonymes ont été déclarées passibles de la taxe des biens de mainmorte. On lit à ce sujet, dans le rapport de M. Grévy :

« Les sociétés anonymes n'ayant qu'une durée limitée, il
« s'est élevé des doutes sur la justesse de leur assimilation
« aux établissements de mainmorte. Mais, comme ces so-
« ciétés ont d'ordinaire une existence beaucoup plus longue
« que la période moyenne des mutations, et que, pendant
« ce temps, les associés se succèdent les uns aux autres sans
« payer de droits, les sociétés anonymes nous ont paru de-
« voir rester dans la loi. »

Lors de la seconde lecture, M. Leblond proposa un amendement ainsi conçu :

« Est toutefois affranchie de l'impôt établi par le § 1er toute
« société anonyme ayant, au terme de ses statuts, une
« durée moindre de vingt ans. En cas de prorogation ou de
« continuation d'une société anonyme nouvelle, il y aura
« ouverture à un droit de mutation, comme en cas de
« vente, sur les immeubles appartenant à la société. »

A l'appui de sa proposition, M. Leblond fit observer que, d'après les calculs présentés par le gouvernement et admis

Digitized by Google

par la commission, le délai moyen des mutations était de vingt ans; que, par conséquent, les sociétés anonymes établies pour une durée moindre ne faisaient éprouver aucune perte au trésor, et qu'au contraire, si elles étaient soumises à la taxe de mainmorte, elles supporteraient à la fois cette taxe et l'impôt ordinaire, ce qui constituerait un double emploi dont l'injustice serait manifeste.

Il n'y avait rien à répondre à ce raisonnement; aussi n'y a-t-on rien répondu; et, sur la simple déclaration d'un membre de la commission, que celle-ci repoussait l'amendement, il fut mis aux voix et rejeté.

Ajoutons que, maintenant, l'une des raisons données par la commission dans son rapport, et qui était tirée de ce que les associés se succèdent les uns aux autres sans payer de droits, a cessé d'exister. En effet, d'une part, aux termes de l'article 10 de la loi de finances du 18 mai 1850, *les transmissions de biens meubles à titre gratuit entre-vifs, et celles qui s'effectuent par décès, sont désormais assujetties aux diverses quotités de droit établies pour les transmissions d'immeubles de la même espèce;* or, les actions dans les sociétés sont meubles par la détermination de la loi (Code civil, art. 529)[1], et c'est précisément sur la moyenne de ce genre de transmissions qu'a été calculée la taxe nouvelle. D'autre part, le titre II de la loi du 5 juin 1850 a soumis à certains droits de timbre les actions dans les sociétés et les obligations négociables des départements, communes, établissements publics et compagnies.

Quoi qu'il en soit, la loi du 20 février 1849 atteint et continue d'atteindre les sociétés anonymes, sans égard à leur durée.

20. Toute société anonyme, quel que soit son objet, quelle que soit la nature de ses opérations, est passible de la taxe. Ainsi l'a décidé le Conseil d'État les 28 décembre 1850 et 7 mai 1852 (*Caisse hypothécaire*), et le 28 juin 1851 (*Société des papeteries du Marais*). Le premier de ces arrêts est ainsi conçu :

« Considérant que la loi du 20 février 1849 a établi, sur

[1] Il en est même qui peuvent être immobilisées, telles que les actions de la Banque de France, etc.

Digitized by Google

« les immeubles passibles de la contribution foncière et ap-
« partenant aux sociétés anonymes, une taxe annuelle re-
« présentative des droits de transmission entre-vifs et par
« décès; que cette loi n'a d'ailleurs fait aucune distinction
« entre les sociétés anonymes qui achètent ou possèdent des
« immeubles destinés à être revendus dans un délai plus ou
« moins rapproché et les sociétés de cette nature qui achè-
« tent ou possèdent des immeubles qu'elles entendent con-
« server;

« Considérant qu'il n'est pas contesté que les immeubles
« passibles de la contribution foncière, à raison desquels la
« société anonyme de la Caisse hypothécaire a été imposée,
« en 1849, à la taxe précitée, dans le département de la Gi-
« ronde, appartenaient à cette société; qu'en admettant que
« la société dont il s'agit soit en état de liquidation depuis
« 1847, les biens par elle acquis n'ont pas pour cela cessé de
« lui appartenir, et que dès lors ils sont encore compris
« dans la catégorie de ceux auxquels s'applique la loi sus-
« visée; qu'ainsi c'est à tort que le conseil de préfecture de
« la Gironde a accordé à la société anonyme de la Caisse
« hypothécaire décharge des taxes auxquelles elle avait été
« imposée dans les communes ci-dessus désignées;

« Art. 1er. Les arrêtés ci-dessus visés du conseil de pré-
« fecture de la Gironde... sont annulés. — Art. 2. La so-
« ciété anonyme de la Caisse hypothécaire sera rétablie, pour
« 1849, etc. »

C'est peut-être le cas de dire : *dura lex, sed lex*. La Caisse hypothécaire avait été fondée pour prêter sur hypothèque et nullement pour acheter des immeubles; aussi n'en achetait-elle que malgré elle, dans de fâcheuses conditions, et seulement pour empêcher que son gage ne fût vendu à vil prix; elle ne les achetait alors que pour les revendre le plus tôt possible, et en fait il était reconnu qu'elle ne les conservait jamais plus de quatre ans, de telle sorte que, bien loin de nuire au trésor par ses opérations, elle lui procurait ou lui payait des droits de mutation plus fréquents que ceux qu'il perçoit des propriétaires ordinaires. Évidemment le législateur de 1849, si une telle situation eût attiré son attention, aurait dû, pour rester fidèle à son propre principe, faire une exception en faveur de ces sociétés; évidemment l'esprit de

Digitized by Google

la loi luttait ici contre le texte; mais le texte était trop précis pour que, dans une matière de droit étroit, il fût possible de le sacrifier à l'esprit, alors surtout que le législateur lui-même, en repoussant l'exception demandée pour les sociétés dont la durée serait moindre de vingt ans, avait manifesté l'intention de donner à la loi la plus grande généralité.

Mais, par la même raison, si toutes les sociétés anonymes sont passibles de la taxe, en revanche elle n'est due que par les sociétés de cette nature; dès lors, quelle que puisse être l'analogie plus ou moins apparente de la constitution de telle ou telle association, soit civile, soit commerciale, avec la constitution des sociétés anonymes, il suffit que cette association n'ait pas le caractère essentiel de ces sociétés, c'est-à-dire qu'elle n'ait pas été autorisée par le gouvernement, sur l'avis du Conseil d'État (art. 37 du Code de commerce), pour qu'elle ne puisse être imposée à la taxe des biens de mainmorte. De nombreux arrêts du Conseil d'État ont posé et maintenu cette règle : nous citerons ceux des 7 juin 1851 (*Compagnie des mines de Douchy; Compagnie de l'éclairage au gaz de Laval;* 28 juin 1851 (*Compagnie des salins de Frontignan et de Villeneuve*); 26 juillet 1851 (*Izernes et autres*); 13 août 1851 (*Langlade et consorts*); 20 mars 1852 (*Société des salins de Peccais*); 8 avril 1852 (*Société des salins du Grand-Bagnas*); 15 avril 1852 (*Actionnaires du moulin de Bazacle*); 14 juin 1852 (*Compagnie des mines de la Loire*); 13 août 1852 (*Compagnie du canal du Midi*); 15 décembre 1852 (*Rousseau*); 22 décembre 1852 (*Institut musical d'Orléans*); 21 avril 1853 (*Société du canal de Briare*); 9 février et 18 avril 1854 (*Compagnie de l'éclairage au gaz de Nevers*); 26 juillet 1854 (*Société civile de Marseillette*), etc.

Dans quelques-unes de ces espèces, cependant, la question n'était pas sans difficulté. Ainsi, en ce qui touche la compagnie du canal du Midi, il est bien vrai qu'aux termes de l'article 10 du décret du 10 mars 1810, portant constitution de cette compagnie, l'universalité des actionnaires formait une société *en commandite*, d'où le Conseil d'État a été autorisé à conclure qu'elle n'était pas une société *anonyme*. Cependant il faut convenir que, sauf le nom, cette compagnie présentait tous les caractères que les articles 29 et suivants du Code de commerce assignent aux sociétés anonymes; elle tenait,

Digitized by Google

d'ailleurs, son existence d'un décret impérial, et, enfin, au point de vue de la loi spéciale du 20 février 1849, elle faisait éprouver à l'État la perte que cette loi a voulu compenser[1]. Malgré ces arguments, le Conseil d'État, ici encore, a fait prévaloir, et, selon nous, il a dû faire prévaloir le texte sur l'esprit.

De même, en ce qui concernait certaines associations formées pour l'exploitation, soit des salins du Midi, soit de moulins ou d'autres usines, et remontant en général à des époques assez anciennes, le ministre des finances faisait remarquer que, dans ces associations, le capital social était habituellement divisé en actions, qui ne mettaient que des valeurs mobilières dans la circulation, et que le fisc était ainsi privé de ses droits de mutation immobilière sur des immeubles soustraits au commerce pendant la longue existence de ces sociétés. Le ministre ajoutait que ces associations réunissaient la plupart des caractères propres aux sociétés anonymes, et que, pour celles qui avaient été formées avant le Code de commerce, l'absence d'une autorisation expresse du gouvernement ne devait pas empêcher de reconnaître leur véritable nature.

Mais à ces considérations il était facile et péremptoire de répondre que les sociétés anonymes ne s'établissent pas par analogie, qu'elles se caractérisent par l'autorisation du gouvernement, et que c'est là seulement, à proprement parler, leur signe distinctif. Il ne serait pas sans danger, d'ailleurs, de traiter comme société anonyme une société qui ne l'est pas: ce serait lui fournir, vis-à-vis du public, vis-à-vis des tiers, un moyen indirect de s'attribuer une qualification à laquelle elle n'aurait pourtant aucun droit, et de se présenter comme offrant des garanties qui lui manqueraient en réalité.

Quant aux sociétés dont l'existence est antérieure au Code

[1] Il ne s'agissait pas ici du canal et de ses dépendances inaliénables et nécessaires, qui, ainsi qu'on l'a vu, ne sont pas passibles de la taxe des biens de mainmorte, abstraction faite de la constitution de la société concessionnaire; il s'agissait uniquement des immeubles que la société possédait à titre de propriété privée, qu'elle pouvait aliéner et qui, par conséquent, auraient pu et dû donner lieu à la taxe s'ils eussent appartenu à une société *anonyme*.

Digitized by Google

de commerce, il est certain que l'on pourrait et que l'on devrait considérer comme sociétés anonymes certaines compagnies, formées autrefois en vertu d'actes spéciaux de l'autorité royale, lors même qu'elles ne se seraient pas conformées aux dispositions d'une circulaire ministérielle du 25 décembre 1807, qui déterminait les formalités à remplir par les sociétés alors existantes pour être assimilées aux sociétés anonymes. Mais, en dehors de ces cas, il ne faut pas oublier que la société anonyme est véritablement une création du Code de commerce. Notre ancienne législation ne reconnaissait que deux espèces de sociétés commerciales : la société générale, qui correspondait à peu près à la société actuelle en nom collectif, et la société en commandite. Quant à la société anonyme, ce nom ne représentait pas alors la même idée qu'aujourd'hui; il s'appliquait à l'association en participation, formée sans les conditions de publicité exigées par l'ordonnance de 1673. Ainsi, les sociétés que la loi du 20 février 1849 peut atteindre ne sont guère et ne peuvent guère être que celles qui ont été établies depuis le Code de commerce.

Au surplus, la question de savoir si telles ou telles sociétés doivent ou ne doivent pas la taxe des biens de mainmorte n'a pas aujourd'hui, pour le trésor, le même intérêt qu'en 1849 : car, ainsi que nous l'avons expliqué, la transmission des actions des sociétés, par donation entre-vifs ou par décès, est maintenant soumise aux mêmes droits de mutation que les transmissions immobilières elles-mêmes.

21. Les sociétés anonymes en liquidation sont-elles passibles de la taxe? Pour soutenir la négative, on a dit qu'une société en liquidation est une société dissoute, c'est-à-dire une société qui n'existe plus et qui ne possède plus légalement, puisque ses immeubles, le jour où ils seront partagés, licités ou vendus, seront censés appartenir au nouveau propriétaire à partir du jour de la dissolution (Code civil, art. 883 et 1872). On a vu néanmoins ci-dessus que le Conseil d'État, dans les affaires de la Caisse hypothécaire, a adopté l'opinion contraire : en effet, selon l'expression usitée dans le commerce, la société subsiste pour sa liquidation, jusqu'à ce que cette liquidation soit effectuée ; les immeubles qu'elle continue à détenir sont, jusqu'à la vente, soustraits au

Digitized by Google

commerce, ainsi qu'aux chances et aux droits ordinaires de mutation; ils doivent donc supporter l'impôt de mainmorte tant qu'ils n'ont pas effectivement cessé de lui appartenir.

22. Les sociétés anonymes étrangères, qui possèdent des immeubles en France, sont-elles soumises à l'application de la loi du 20 février 1849? En d'autres termes, une société fondée en pays étranger, et qui prend en France la qualification de société anonyme, sans avoir été reconnue ou constituée comme telle par le gouvernement français, est-elle une société anonyme dans le sens des lois françaises?

Au point de vue purement fiscal, et si l'on suppose une société étrangère établie dans les mêmes conditions que la société anonyme de notre Code de commerce, il y a évidemment même raison : car cette société enlève momentanément des immeubles aux chances ordinaires de la circulation et aux droits de mutation qui en sont la conséquence.

Mais, à un point de vue plus élevé, la question donne lieu à des doutes sérieux. Frapper une société étrangère d'une taxe qui ne pèse pas, chez nous, sur toutes les sociétés, mais sur les sociétés anonymes seulement, n'est-ce pas autoriser cette société à prétendre que, puisqu'on lui fait supporter les charges des sociétés anonymes, on lui en reconnaît les prérogatives et on l'autorise à en revendiquer les avantages? N'est-ce pas lui permettre de se présenter comme tenant du gouvernement français une autorisation implicite et ce titre exceptionnel à la confiance publique, qu'il n'accorde aux sociétés anonymes proprement dites qu'après un examen spécial et approfondi? De ce qu'une société étrangère prend la qualification de société anonyme, il ne s'ensuit évidemment pas qu'elle ait le caractère conféré à cette espèce de société par la législation française : le même mot peut représenter, selon les temps et les pays, des idées fort différentes, et c'est ainsi, par exemple, que, dans notre ancien droit, la société anonyme correspondait à la société actuelle en participation, c'est-à-dire à celle qui est ordinairement formée pour le temps le plus court et qui offre le moins de garanties. Pour qu'une société étrangère pût être considérée, en France, comme une société anonyme, il faudrait donc, à moins de dispositions spéciales, des traités internationaux qui eussent prévu le cas, qu'elle obtînt du gouvernement l'autorisation

Digitized by Google

formelle exigée et définie par l'article 37 du Code de commerce.

La difficulté s'est présentée devant le Conseil d'État pour la société belge de la Vieille-Montagne; elle a été indiquée d'office par le commissaire du gouvernement; mais, comme elle n'avait été soulevée ni par la société demanderesse ni par le ministre des finances, le conseil s'est dispensé de l'aborder, et il s'est borné à statuer au fond (12 décembre 1851).

Ajoutons qu'aujourd'hui un élément nouveau de solution est fourni par la loi du 30 mai 1857, ainsi conçue :

« Art. 1er. Les sociétés anonymes et les autres associa-
« tions commerciales, industrielles ou financières, qui sont
« soumises à l'autorisation du gouvernement belge, et qui
« l'ont obtenue, peuvent exercer tous leurs droits et ester
« en justice, en France, en se conformant aux lois de l'Em-
« pire.

« Art. 2. Un décret impérial, rendu en Conseil d'État,
« peut appliquer à tous autres pays le bénéfice de l'ar-
« ticle 1er. »

La taxe de mainmorte ne saurait donc guère être contestée pour les sociétés anonymes régulièrement autorisées, soit en Belgique, soit dans les autres pays, à l'égard desquels le gouvernement français a usé de la faculté établie par l'article 2 de la loi précitée.

On aperçoit, du reste, que la même question pourrait s'élever à l'occasion d'autres établissements de mainmorte, notamment pour les hospices étrangers auxquels des immeubles seraient donnés, ou légués, ou vendus en France. Dans ce cas, le Conseil d'État a été appelé à se demander si l'autorisation du gouvernement était nécessaire pour l'acceptation de telles dispositions, et il a très-sagement admis l'affirmative, d'abord par un avis du 17 janvier 1823 (Vuillefroy, *Traité du culte catholique*, p. 278), ensuite par un avis plus récent, du 27 décembre 1853 (*Bulletin du ministère de l'intérieur*, 1854, p. 30). Il ne paraît pas douteux qu'alors ces établissements ne fussent passibles de la taxe de mainmorte : car le gouvernement français serait intervenu; il aurait en quelque sorte donné son attache à ces établissements.

Digitized by Google

23. L'article 1er de la loi du 20 février 1849 termine ainsi son énumération : *et tous établissements publics légalement autorisés.*

Qu'est-ce qu'un établissement public? *On nomme ainsi,* dit M. Dalloz (*Jurisprudence générale,* v° ÉTABLISSEMENT PUBLIC), *des établissements civils ou religieux qui ont pour objet l'utilité morale ou matérielle des citoyens.*

A cette définition il faut ajouter une condition essentielle et caractéristique, c'est qu'il s'agisse d'établissements élevés à l'état d'êtres moraux, de personnes civiles, par la loi ou par un acte du gouvernement [1].

Même avec ce complément, la définition est vague encore, il faut en convenir; mais il faut convenir aussi que la matière ne se prête pas facilement à une précision complète.

En dehors des hospices, des fabriques et des autres établissements publics spécialement dénommés dans la loi du 20 février 1849, il existe d'abord certaines institutions, organisées ou reconnues d'une manière générale par la loi et constituées individuellement par des actes spéciaux du gouvernement (lorsqu'elles ne tiennent pas cette existence individuelle de la loi elle-même), qui concourent à la mission de l'administration publique, qui sont chargées de la gestion de certains services ou de certains intérêts publics, et qui, au lieu de constituer simplement une fraction de l'unité collective que représente l'État [2], ont été revêtues ou peuvent être revêtues du caractère de personnes civiles, aptes à acquérir, à posséder, à disposer, comme le font les personnes ordinaires (sauf les conditions plus ou moins larges, selon les cas, de la tutelle administrative). Au nombre de ces insti-

[1] Le décret du 25 mars 1852 sur la décentralisation a réservé au gouvernement le pouvoir exclusif d'autoriser la création d'établissements civils de bienfaisance. Quant aux établissements religieux, ce décret n'a rien eu à réserver, puisqu'il n'a rien innové à l'égard de l'administration des cultes; seulement un autre décret, du 31 janvier 1852, a permis d'autoriser par des décrets certaines congrégations religieuses qui, aux termes des lois des 2 janvier 1817 et 24 mai 1825, ne pouvaient être autorisées que par la loi.

[2] Les divers ministères, par exemple, bien qu'ils aient des représentants et parfois des intérêts distincts, ne constituent pas des personnes civiles ayant une individualité distincte de celle de l'État : c'est toujours l'État qui vit et agit en eux et par eux, et ils ne sont pas soumis à la loi du 20 février 1849, qui ne peut évidemment avoir pour résultat d'obliger l'État à se payer une taxe à lui-même.

Digitized by Google

tutions, on peut citer, à titre d'exemple, les chambres de commerce, les caisses d'épargne[1], etc.; elles sont préposées, dans une certaine mesure, à la gestion d'un intérêt public; elles ont en même temps la personnalité civile; elles rentrent incontestablement dans la catégorie des établissements publics légalement autorisés.

A côté de ces institutions, il en existe d'autres qui, sans prendre part à l'administration publique, présentent un caractère d'utilité publique assez saillant et assez dominant pour que le gouvernement les élève quelquefois à l'état de personnes civiles, sans les soumettre néanmoins à la tutelle administrative. Ainsi, les académies des sciences, belles-lettres et arts, qui existent dans diverses villes; certaines sociétés littéraires, ou de bienfaisance, ou d'encouragement pour l'industrie ou l'agriculture, etc., ont été reconnues, sinon comme établissements publics proprement dits, du moins comme établissements d'utilité publique. Il me semble que cette seconde catégorie d'établissements tomberait également sous le coup de la loi du 20 février 1849, qui paraît avoir eu l'intention d'atteindre à la fois les établissements publics proprement dits et les simples établissements d'utilité publique : aussi faut-il remarquer que le Conseil d'État, dans les affaires de cette nature, ne s'est pas borné à décider que telle corporation ou association ne devait pas l'impôt, parce qu'elle n'était pas établissement public; il a toujours eu soin d'ajouter qu'elle ne constituait pas un établissement public, *dans le sens de la loi du* 20 *février* 1849.

En troisième lieu, il existe certaines associations d'une nature mixte, en ce sens qu'elles ont à la fois un but d'utilité publique et un but d'intérêt privé, et qu'elles sont, à certains égards, soumises à la surveillance ou même à la direction administrative, tout en conservant principalement leur indépendance et leur spontanéité d'action. Les compagnies concessionnaires des canaux du Midi, d'Orléans et de Loing, de Briare, etc., ne sont pas des sociétés anonymes; ne sont-

[1] Les caisses d'épargne ne sont d'ailleurs pas, à tous égards, des établissements publics de la même nature que les hospices, les fabriques, etc. Ce n'est pas ici le lieu d'indiquer la différence; on peut consulter, notamment, deux arrêts de la Cour de cassation des 5 mars et 8 juillet 1856 (Dalloz, *Rec. pér.*, 1856, 1, 121 et 278).

Digitized by Google

elles pas du moins des établissements publics légalement autorisés? ne peut-on pas dire qu'elles ont un but d'utilité publique, qu'elles gèrent un intérêt public, qu'elles ne le gèrent pas entièrement à leur gré, mais seulement sous le contrôle du gouvernement, et qu'elles présentent ainsi le caractère d'établissements publics? Le Conseil d'État ne l'a point pensé : car, dans ses arrêts déjà cités des 13 août 1852 et 21 avril 1853, il a décidé que ces compagnies ne constituaient ni des sociétés anonymes, *ni des établissements publics légalement autorisés dans le sens de la loi du* 20 *février* 1849.

A plus forte raison l'a-t-il ainsi décidé pour les compagnies concessionnaires de mines (7 juin 1851, *Compagnie des mines de Douchy;* 14 juin 1852, *Compagnie des mines de la Loire*, etc.). Il est certainement d'intérêt public que les mines soient exploitées et mêmes qu'elles soient exploitées d'une certaine manière; aussi l'administration est-elle armée, quant à cette industrie, de pouvoirs plus étendus qu'à l'égard de toute autre (*lois des* 21 *avril* 1810 *et* 27 *avril* 1838.) Mais, dans l'organisation de ces associations, l'intérêt privé domine; ce n'est pas pour concourir à la mission de l'administration, ce n'est pas même pour accomplir une œuvre d'utilité publique, c'est dans des vues et des conditions purement industrielles qu'elles se forment et qu'elles se constituent; elles ne sont donc pas, dans le sens naturel et vrai du mot, des établissements publics.

A certains égards, la question eût pu sembler plus douteuse dans une espèce sur laquelle il a été statué le 22 décembre 1852, et qui concernait l'Institut musical d'Orléans. Cette société, fondée par divers habitants d'Orléans, pour donner des concerts et propager le goût de l'art musical dans cette ville, avait un caractère, sinon exclusif, du moins principal, d'utilité publique, et, sous ce rapport, on aurait pu être tenté de l'assimiler aux sociétés littéraires ou scientifiques dont nous parlions tout à l'heure. Mais il y avait une raison capitale qui tranchait ou plutôt qui supprimait toute question : c'est que l'Institut musical d'Orléans était une société purement civile, constituée dans les termes des articles 1841 et 1842 du Code civil, et qui n'avait point été élevée à l'état de personne civile par un acte du gouvernement; dès lors, quel que pût être son but, elle ne formait

Digitized by Google

point un établissement public. Aussi le Conseil d'État a-t-il rendu l'arrêt suivant :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'associa-
« tion établie entre les actionnaires de l'Institut musical
« d'Orléans n'est pas une société anonyme, et qu'elle ne
« peut, sous aucun rapport, être rangée parmi les établis-
« sements ou personnes civiles désignés par l'article 1er de
« la loi du 20 février 1849 ;

« Art. 1er L'arrêté du conseil de préfecture... est annulé.
« — Art. 2. Il est accordé décharge aux administrateurs de
« l'Institut musical d'Orléans, etc. [1]. »

En rapprochant ces divers précédents de la jurisprudence, on arrive, si je ne me trompe, à reconnaître que la réunion de deux conditions est nécessaire pour constituer un établissement public dans le sens de la loi du 20 février 1849; il faut : 1° que cet établissement ait été autorisé par le gouvernement; 2° qu'il ait un but, sinon absolument exclusif, au moins prépondérant, d'utilité publique.

C'est ainsi, d'une part, que les sociétés anonymes, les compagnies concessionnaires de canaux, de mines, etc., quoiqu'elles soient autorisées par le gouvernement, ne rentrent pas dans la classe des établissements publics.

C'est ainsi, d'autre part, que certaines associations, quoiqu'elles présentent un caractère plus ou moins saillant d'utilité publique, quoiqu'elles aient ou puissent avoir une existence parfaitement régulière, ne sont pas des établissements publics, si elles n'ont pas été élevées à l'état de personnes civiles par un acte du gouvernement. Ainsi, par exemple, une association qui se serait bornée à obtenir l'autorisation de police exigée par l'article 291 du Code pénal, dans le cas prévu par cet article, ne serait pas pour cela un établissement public, c'est-à-dire une personne civile. Il importe, en effet, de ne jamais oublier, en cette matière, le but que s'est pro-

[1] Il y avait, dans cette espèce, une autre raison qui aurait également conduit au même résultat : c'est que l'association de l'Institut musical d'Orléans n'était pas propriétaire du terrain et du bâtiment à raison desquels elle était imposée : la ville lui avait simplement concédé pour trente-neuf ans, soit à titre d'usufruit, soit à titre d'emphytéose, le sol sur lequel cette association avait construit une salle de concerts, pour en jouir pendant ce temps et la remettre à la ville à l'expiration du terme de cette jouissance.

Digitized by Google

posé la loi du 20 février 1849, qui n'a voulu frappér que les corporations ou les êtres moraux dont l'existence prolongée soustrait certains biens au commerce, et prive le trésor des droits qu'il percevrait si ces biens étaient dans d'autres mains.

Remarquons enfin que la soumission à la tutelle ou à la surveillance administrative ne forme pas le caractère distinctif des établissements publics. Certains établissements d'utilité publique, élevés comme tels, à l'état de personnes civiles par le gouvernement, jouissent d'une indépendance complète dans l'administration de leurs intérêts. En revanche, certaines associations sont placées, à quelques égards, sous la surveillance du gouvernement : la Compagnie du canal du Midi, celle des canaux d'Orléans et du Loing, par exemple, ne peuvent ou ne pouvaient faire certains actes de gestion qu'avec l'approbation du gouvernement (*décrets des* 10 *et* 16 *mars* 1810); elles ne sont pas pour cela des établissements publics. REVERCHON.

(*La fin à une autre livraison.*)

DE LA LOI SUR L'ALIÉNATION ET LA CONVERSION DES VALEURS MOBILIÈRES

APPARTENANT AUX MINEURS ET AUX INTERDITS.

Par M. Julien Bregeault, docteur en droit, avocat à la Cour d'appel.

Le Code civil a entouré de formalités protectrices et de minutieuses précautions, énumérées dans ses articles 457 à 460, l'aliénation des immeubles appartenant à des mineurs ou interdits : autorisation du conseil de famille, homologation du tribunal, vente aux enchères publiques, en présence du subrogé tuteur. Les dispositions de la loi à l'égard des meubles sont bien différentes : au moins en ce qui concerne la vente des meubles corporels, l'autorisation du conseil n'est pas exigée; le tuteur a même pour obligation de les aliéner, et c'est pour les conserver qu'il doit se faire autoriser. « Dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire, « dit l'article 452, le tuteur fera vendre devant le subrogé « tuteur, aux enchères reçues par un officier public et après

Digitized by Google

« des affiches ou publications dont le procès-verbal de vente « fera mention, tous les meubles autres que ceux que le « conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature. »

Les rédacteurs du Code ont-ils voulu comprendre dans cette expression générale « meubles » les meubles incorporels, les droits mobiliers du mineur? C'est une grave question qui divise encore les auteurs et la jurisprudence. A ne considérer que le texte, il semble bien que l'article 452 ne s'occupe que des meubles corporels; et cette solution, qui est en harmonie avec l'esprit du Code, peu soucieux en général des fortunes mobilières, se confirme par les contradictions et les divergences des partisans du système contraire. L'article 452 ne s'appliquant qu'aux meubles corporels, il en résulte que, comme l'affirment MM. Aubry et Rau, « le « tuteur peut en général céder de gré à gré et sans obser- « vation de formalités spéciales les droits mobiliers du mi- « neur ». Ajoutons que cette solution est admise par les meilleurs auteurs : Marcadé, Demolombe, Valette, et par la jurisprudence.

Cependant, certaines hypothèses ont été mises par la loi elle-même hors de toute contestation. La loi du 24 mars 1806 dispose que, si le mineur ou interdit ne possède en inscriptions ou promesses d'inscriptions de 5 p. 100 consolidés qu'une rente de 50 francs et au-dessous, le tuteur peut en faire le transfert, sans autorisation ni publication, mais seulement d'après le cours constaté du jour; que si, au contraire, les inscriptions ou promesses d'inscriptions sont de plus de 50 francs de rente, le tuteur ne peut les vendre qu'avec l'autorisation du conseil de famille et suivant le cours du jour légalement constaté. Le décret du 25 septembre 1813 applique la loi de 1806 aux mineurs et interdits « pro- « priétaires d'actions ou portions d'actions de la Banque de « France, toutes les fois qu'ils n'auraient qu'une action ou « un droit dans plusieurs actions n'excédant pas en totalité « une action entière. » Chose singulière ! la loi de 1806 ne fut point portée, comme on pourrait le croire, pour donner plus de garanties aux incapables propriétaires de rentes sur l'État en rendant moins facile l'aliénation de ces rentes, mais au contraire pour faciliter cette aliénation. Il résulte, en effet, de l'exposé des motifs de cette loi que les auteurs

Digitized by Google

du projet considéraient l'article 452 comme s'appliquant aux meubles incorporels, et voulaient seulement soustraire la vente des rentes sur l'État à la nécessité de publications préalables et de rédaction d'un procès-verbal.

Quels que soient les motifs qui aient inspiré la loi de 1806 et le décret de 1813, la loi et le décret n'ont prévu que des hypothèses spéciales : à l'égard de toutes les valeurs mobilières autres que les rentes sur l'État et les actions de la Banque de France, de toutes les créances et rentes sur les particuliers, des actions commerciales et industrielles, le doute subsiste. Il paraît impossible de leur appliquer l'article 452, c'est-à-dire de les faire vendre publiquement, après affiches, et en présence du subrogé tuteur; et d'un autre côté il est certain qu'on ne peut leur appliquer les articles 457 et suivants, c'est-à-dire exiger pour leur aliénation l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. Or, cette situation présente de graves inconvénients, étant donnée l'importance actuelle de la fortune mobilière. Le silence de la loi permet au tuteur malhonnête de dénaturer et d'amoindrir, peut-être de dilapider entièrement la fortune de son pupille.

Le gouvernement a pensé qu'il y avait là une lacune regrettable : il a présenté au Parlement un projet de loi destiné à la combler. Ce projet a déjà donné lieu au Sénat à une remarquable discussion. Nous voulons examiner rapidement en quoi ce projet consiste, quels reproches on lui adresse, et quelles modifications lui ont déjà été apportées par la Chambre haute.

I

Voici, en peu de mots, l'esprit du projet, aussi bien d'après le texte adopté par le Sénat que d'après le texte du gouvernement et celui de la commission : soumettre l'aliénation des valeurs mobilières appartenant au mineur ou à l'interdit à l'autorisation du conseil de famille; — assimiler, sous ce rapport, à l'aliénation la conversion d'un titre nominatif en titre au porteur; — enfin, obliger le tuteur à convertir les titres au porteur en titres nominatifs. On le voit, l'idée dominante est une idée de protection pour le mineur, de précaution contre le tuteur.

Digitized by Google

L'utilité de la loi et son à-propos ont été contestés au Sénat. M. de Gavardie a nié qu'il y eût urgence à modifier l'état de choses existant. D'après lui, aucune plainte ne s'élevait en raison de la situation faite aux incapables par le Code; aucun besoin de modification ne se faisait sentir. Si la loi n'a pas entouré l'aliénation des valeurs mobilières des mêmes formalités que celle des immeubles, cela vient, a-t-il dit, non pas seulement de ce qu'au commencement du siècle la fortune mobilière était très-peu importante, mais surtout de ce qu'il existe une profonde différence entre les meubles et les immeubles : ceux-ci qui sont le fonds social par excellence, « le sanctuaire matériel de la famille », et doivent difficilement sortir des mains de leurs possesseurs; ceux-là qui par leur nature sont destinés à circuler, libres d'entraves. Le plus souvent, d'ailleurs, il importe de saisir avec promptitude le moment opportun pour vendre de pareilles valeurs; le plus souvent, les délais nécessaires pour obtenir l'autorisation du conseil de famille et son homologation seraient préjudiciables aux intérêts de l'incapable. Enfin, pour les fortunes minimes, les frais nécessités par ces formalités seraient beaucoup trop élevés.

Ces critiques sur l'ensemble du projet ont été réfutées, victorieusement selon nous, par M. Denormandie, rapporteur de la commission du Sénat, dont l'esprit lucide et la science des affaires ont singulièrement éclairé les débats; elles l'ont été aussi par M. Xavier Blanc, président de la commission. Tous deux ils ont affirmé, et leur assertion a été confirmée par la parole autorisée de M. le garde des sceaux, que des plaintes s'étaient élevées de divers côtés, et que la réforme proposée était réclamée par l'opinion. Quant à la différence profonde qui sépare les meubles et les immeubles, cet argument, très-puissant lors de la rédaction du Code, est sans force aujourd'hui. Puisqu'il s'agit, avant tout, de sauvegarder les intérêts de l'incapable, et que, le plus souvent, sa fortune est mobilière, ne faut-il pas s'efforcer de protéger cette fortune mobilière au moins autant, sinon plus que la fortune immobilière? Les actions, créances et valeurs quelconques qui composent son avoir, ne doivent-elles pas faire l'objet d'une surveillance d'autant plus active que leur aliénation est plus facile? Quant aux lenteurs et aux frais,

Digitized by Google

nous verrons que le projet avec ses modifications les a diminués considérablement. En un mot, nous pensons que l'on ne saurait trop se féliciter de la pensée qui a animé le gouvernement en présentant ce projet de loi, le Sénat en le votant.

II

L'article 1er du projet du gouvernement, voté par le Sénat avec quelques changements de rédaction, pose le principe de l'autorisation préalable du conseil de famille pour la vente par le tuteur des rentes, actions, parts d'intérêts et autres meubles incorporels appartenant aux mineurs et aux interdits; il ajoute que le conseil de famille, en autorisant l'aliénation, prescrira les mesures qu'il jugera utiles.

Sur cet article, un amendement a été proposé par M. de Gavardie, tendant à dispenser de la nécessité de cette autorisation le père ou la mère, tuteur légal. Après discussion, cet amendement a été repoussé sur les observations de M. le rapporteur, qui a nettement établi la différence entre le père administrateur légal et le père tuteur, le contrôle vigilant de l'autre époux n'existant plus vis-à-vis de ce dernier.

Si le projet du gouvernement déclarait nécessaire l'autorisation du conseil de famille, il la supposait suffisante. Tel ne fut pas l'avis de la commission du Sénat qui présenta un article 2 ainsi conçu : « Lorsque la valeur des immeubles « incorporels à aliéner dépassera, d'après l'appréciation du « conseil de famille, 5,000 francs en capital, la délibération « sera soumise à l'homologation du tribunal qui statuera en « chambre du conseil, le ministère public entendu. » M. Denormandie disait à ce sujet dans son rapport : « La législa- « tion qui est actuellement en vigueur impose, en matière « d'aliénation immobilière, l'homologation par le tribunal. « Or, comment admettre qu'un morceau de terre d'une va- « leur tout à fait minime ne puisse être vendu sans l'attache « de la justice, tandis que l'aliénation d'une fortune mobi- « lière, peut-être considérable, pourrait échapper au con- « trôle et à l'examen des magistrats? » Dès la première délibération, M. de Gavardie demanda la suppression de l'article 2 de la commission, « l'homologation du tribunal n'étant, di- « sait-il, qu'une de ces formalités que le temps semble con-

Digitized by Google

« sacrer et qui peuvent avoir leur raison d'être dans certains « cas déterminés, mais non dans celui qui nous occupe. » Cependant, après la réponse de M. Denormandie, et le gouvernement ayant adhéré à l'article de la commission, cet article fut adopté.

Mais quand vint la seconde lecture, le 24 mai, tout fut remis en question. M. Léon Clément demanda de nouveau la suppression de l'article 2; M. Jules Favre proposa, au contraire, son extension; en d'autres termes, il présenta un amendement d'après lequel l'homologation du tribunal était nécessaire, même pour les valeurs inférieures à 5,000 francs. Cet amendement était, disait M. Jules Favre, inspiré par une pensée d'égalité et de justice; on ne peut admettre que la loi prenne moins de souci d'un petit patrimoine que d'une grande fortune; « s'il y avait une préférence possible, elle « serait pour la faiblesse, elle serait pour le petit »; car, plus le patrimoine de l'incapable est modeste, plus il a besoin de protection. Donc, concluait-il, la distinction faite par la commission est regrettable, et l'homologation, présentant une garantie nécessaire, doit intervenir dans tous les cas.

Une objection grave se présentait contre ce système si logique, si équitable au premier abord : c'est que pour les fortunes minimes, la procédure d'homologation serait trop coûteuse. Pour parer à cet inconvénient, M. Jules Favre proposait de décider que, dans le cas où la valeur des meubles incorporels à aliéner serait inférieure à 5,000 francs en capital, le tuteur pourrait, sur l'avis favorable du juge de paix, être admis au bénéfice de l'assistance judiciaire pour l'homologation.

Enfin, à ce propos, M. Jules Favre, élevant la question et élargissant le débat avec son éloquence habituelle, se plaignit de voir la tutelle des indigents abandonnée, pour ainsi dire, au hasard dans notre législation; il constata que, dans les grandes villes, les tutelles d'indigents manquaient le plus souvent de tuteurs, et signala une réforme urgente à opérer. Il conclut en ajoutant à son amendement une disposition d'après laquelle le bénéfice de l'assistance judiciaire serait accordé pour la constitution de la tutelle de tout incapable indigent sur la réquisition du juge de paix adressée au procureur de la République de l'arrondissement.

Digitized by Google

Certes, répondait M. le rapporteur, la pensée de M. Jules Favre est une pensée excellente, et la réforme qu'il sollicite, réclamée depuis longtemps, est urgente; mais, est-ce bien dans une loi spéciale à l'aliénation des valeurs mobilières qu'elle doit trouver sa place? Non; de semblables dispositions sortent du cadre de la loi [1]. Quant à l'obtention de l'assistance judiciaire pour la demande en homologation, la loi de 1851 ne la permet pas, d'abord parce qu'il ne s'agit pas d'une affaire contentieuse, ensuite parce que l'assistance judiciaire ne s'accorde que sur un certificat d'indigence, qui ne peut être produit ici, puisqu'il s'agit de réaliser des valeurs.

Sur de nouvelles observations de M. Jules Favre, le Sénat renvoya l'article 2 à la commission.

Le lendemain, M. Denormandie vint, au nom de la commission, déclarer que M. le garde des sceaux, la commission et M. Jules Favre s'étaient mis d'accord sur cette nouvelle rédaction de l'article 2 : « Lorsque le juge de paix et les « autres membres du conseil de famille ne seront pas d'*un* « *avis unanime*, la délibération sera, à la diligence du tuteur, « soumise à l'homologation du tribunal qui statuera en la « chambre du conseil, le ministère public entendu, et en « dernier ressort. » Ces dispositions donnent satisfaction au principe d'égalité invoqué par M. Jules Favre; elles diminuent l'inconvénient des frais dans une large mesure; enfin, en ajoutant que le tribunal statuera en dernier ressort, le nouvel article supprime le délai de deux mois qui aurait dû être observé avant l'aliénation si le jugement de la chambre du conseil eût été susceptible d'appel. Le Sénat a adopté l'article 2 ainsi modifié.

L'article 3, également adopté par le Sénat, et qui n'est que la reproduction de l'article 2 du projet du gouvernement, est ainsi conçu : « L'aliénation sera opérée par le ministère « d'un agent de change toutes les fois que les valeurs seront « négociables à la Bourse à un cours officiellement déter- « miné. » Quant aux valeurs non négociables à la Bourse, M. Denormandie déclare, dans son rapport, qu'elles restent

[1] A la séance du 27 mai, M. Jules Favre a déposé au Sénat deux propositions de loi portant, la première, modification de la loi sur l'assistance judiciaire; la deuxième, organisation de la tutelle des indigents.

Digitized by Google

dans le droit commun, et que c'est au conseil de famille ou au tribunal de prescrire ce qui leur semble le plus utile.

L'article 4 du projet de la commission a trait aux mineurs émancipés. Son texte primitif se bornait à étendre la loi aux mineurs émancipés en général. Il paraît que des observations furent faites à ce sujet à la commission par M. le ministre des finances, se préoccupant de la question au point de vue des transferts. Il demandait si la loi s'appliquait aux mineurs émancipés pendant le mariage de leurs père et mère, et à ceux émancipés par leur propre mariage. A ces deux questions, la commission répondit négativement et son article 4 modifié, adopté par le Sénat en deuxième lecture, est ainsi conçu : « Le mineur émancipé au cours de la tutelle, même « assisté de son curateur, devra observer pour l'aliénation « de ses meubles incorporels les formes ci-dessus prescrites « à l'égard du mineur non émancipé.

« Cette disposition ne s'applique pas au mineur émancipé « par le mariage. »

En ce qui concerne le mineur émancipé pendant le mariage de ses parents, nous ne voyons guère la raison pour laquelle il est excepté de la règle. M. Denormandie a dit à ce sujet que la loi n'était pas faite pour toutes les catégories de mineurs; que c'était une loi faite surtout contre les tuteurs et applicable seulement là où il y a tutelle. Ce raisonnement prouverait trop : car, pour être complétement logique, il faudrait aller jusqu'à dire que la loi ne saurait s'appliquer aux mineurs émancipés, quels qu'ils soient. D'ailleurs, alors même que l'émancipation a lieu du vivant des père et mère, un autre que le père peut être nommé curateur, et alors, pourquoi se relâcher des précautions ordinaires? pourquoi cesser de protéger le mineur émancipé, non pas même contre son curateur, mais contre lui-même? Il nous semble qu'il y a là une exception regrettable, et nous voudrions la voir disparaître de la loi.

Nous n'en dirons pas autant des mineurs émancipés par le mariage; ils sont dans une situation exceptionnelle, et l'on conçoit que leur capacité soit plus grande.

Enfin, il est une classe de mineurs émancipés que l'on semble avoir complétement omise, celle des mineurs commerçants (art. 2, 3 et 6 C. com.). Leur situation et leur ca-

Digitized by Google

pacité sont toutes spéciales; doit-on, pour les faits relatifs à leur commerce, les comprendre dans les dispositions de l'article 5 ou les en excepter? Nous pensons qu'il serait bon de leur donner la faculté d'aliéner seuls leurs droits mobiliers, de même qu'ils peuvent hypothéquer leurs immeubles. Mais encore faudrait-il s'en expliquer dans la loi.

III

Le projet s'occupe ensuite de la conversion des titres au porteur appartenant aux mineurs et interdits en titres nominatifs; il impose au tuteur deux obligations : la conversion, puis, si la conversion est impossible ou inutile, l'aliénation avec remploi ou le dépôt. Sur ce point aussi, le projet du gouvernement a subi plusieurs modifications; le texte voté par le Sénat en seconde lecture, et qui forme les trois premiers paragraphes de l'article 5, est celui-ci : « Le tuteur devra, « dans les trois mois qui suivront l'ouverture de la tutelle, « convertir en titres nominatifs les titres au porteur appar- « tenant au mineur ou à l'interdit et dont le conseil de fa- « mille n'aurait pas jugé l'aliénation nécessaire pour subvenir « à des besoins urgents. Il devra également convertir en ti- « tres nominatifs les titres au porteur qui adviendraient au « mineur ou à l'interdit de quelque manière que ce fût, et « ce, dans le même délai de trois mois à partir de l'attribu- « tion définitive ou de la mise en possession de ces valeurs.

« Le conseil de famille pourra fixer, pour la conversion, « un terme plus long qui, toutefois, n'excédera pas six mois. »

Mais il se peut que la forme nominative ne puisse être donnée au titre au porteur, par exemple, si des dispositions statutaires proscrivent cette transformation. « Il faut ajouter, « dit M. Denormandie dans son rapport, que dans certains « cas la conversion pourrait être désavantageuse ou inutile, « et l'on peut citer comme exemple le cas où il s'agirait de « valeurs étrangères dont le transfert devrait être opéré hors « de France, et encore celui où l'état d'incapacité du pro- « priétaire serait sur le point de prendre fin. » Ce n'est pas tout. Lors de la première lecture, M. Raoul Duval fit observer, avec raison, que le mineur pouvait acquérir, par voie de succession, par exemple, des valeurs au porteur que le tuteur

Digitized by Google

serait, par suite d'une convention intervenue antérieurement, obligé de laisser dans l'indivision jusqu'à l'expiration du délai fixé par la convention. M. le rapporteur avait répondu que les droits des tiers devaient être respectés. Cette déclaration n'a pas paru suffisante; on en a fait une disposition formelle de la loi.

Dans ces divers cas, la conversion ne pouvant avoir lieu, il est prescrit au tuteur, soit d'aliéner les titres avec remploi, soit de les conserver à la charge d'en faire le dépôt, selon ce que décidera le conseil de famille. Où doit avoir lieu le dépôt? Entre les mains d'une personne ou d'une société spécialement désignée, disait le projet du gouvernement. La commission a indiqué en première ligne, comme lieu de dépôt, la caisse des dépôts et consignations; cette caisse, dit le rapport, est le « séquestre légal ».

Voici le texte des deux derniers paragraphes de l'article 5 adoptés par le Sénat :

« Lorsque, soit par leur *nature*, soit à raison de conven-
« tions, les valeurs au porteur ne seront pas *de nature* à être
« converties en titres nominatifs, le tuteur devra, dans les
« trois mois, obtenir du conseil de famille l'autorisation,
« soit de les aliéner avec remploi, soit de les conserver; en
« ce dernier cas, le conseil pourra prescrire le dépôt des ti-
« tres au porteur au nom du mineur ou de l'interdit, soit à
« la caisse des dépôts et consignations, soit entre les mains
« d'une personne ou d'une société spécialement désignée.

« Les délais ci-dessus ne seront applicables que sous la
« réserve des droits des tiers et des conventions préexis-
« tantes. »

IV

On sait que, d'après l'article 455 du Code civil, le conseil de famille détermine la somme à laquelle commence, pour le tuteur, l'obligation d'employer l'excédant des revenus sur la dépense; cet emploi doit être fait dans le délai de six mois, passé lequel le tuteur doit les intérêts. Cet article ne parle que des revenus; mais il est bien évident qu'à plus forte raison le tuteur doit faire emploi des capitaux, et c'est ce que décident les auteurs et la jurisprudence. Toutefois, la

Digitized by Google

commission voulant éviter toute difficulté, a proposé au Sénat, qui l'a voté, un article 6 ainsi conçu : « Le tuteur « devra, dans les délais ci-dessus déterminés, faire emploi « des capitaux appartenant au mineur ou à l'interdit, ou qui « leur adviendraient par succession ou autrement.

« Les règles prescrites par les articles ci-dessus et par l'ar- « ticle 455 du Code civil sont applicables à cet emploi. »

Sans doute, rien n'est plus sage que d'obliger le tuteur à faire emploi des capitaux pupillaires qui sont entre ses mains ; mais cette obligation lui était déjà imposée, au moins implicitement, par le Code. D'ailleurs, est-ce bien dans une loi relative à l'*aliénation des valeurs mobilières* que doivent figurer des prescriptions relatives à l'emploi de capitaux pouvant provenir non-seulement de la vente de ces valeurs, mais de toute autre cause? On pourrait, selon nous, adresser à bon droit à cet article le reproche que M. Denormandie faisait à l'amendement de M. Jules Favre, celui de sortir du cadre naturel de la loi.

Une autre disposition relative à l'emploi a fait l'objet, de la part de M. Léon Clément, d'un amendement qui forme le nouvel article 7 ainsi conçu : « Les tiers ne seront en aucun cas garants de l'emploi. » On n'a pas voulu qu'un acquéreur, traitant régulièrement, achetant à la Bourse par ministère d'agent de change, après autorisation du conseil de famille, fût responsable même de la matérialité de l'emploi. Cette disposition facilite beaucoup l'aliénation des valeurs appartenant aux incapables, mais elle prive ces derniers d'une garantie et ne leur laisse de recours que contre le tuteur.

Au reste, M. le rapporteur a déclaré « qu'ici l'affranchisse- « ment des tiers est spécial à la matière qui nous occupe et « que les autres espèces qui peuvent être tous les jours sou- « mises aux tribunaux resteront ce qu'elles sont et dépen- « dront de l'interprétation des contrats. » C'est ainsi que, dans le régime dotal, la clause permettant au mari d'aliéner les immeubles dotaux à charge de remploi est obligatoire pour les tiers acquéreurs en ce sens que, si le remploi n'a pas lieu, la vente peut être déclarée nulle à leur égard.

Enfin, si le tiers acquéreur avait traité directement avec le tuteur non autorisé, il serait en faute, et, par suite, responsable.

Digitized by Google

V

Un des objets du projet de loi est, avons-nous dit, d'assimiler la conversion des titres nominatifs en titres au porteur à l'aliénation de ces titres. Nous trouvons à ce sujet dans le rapport de la commission des détails très-intéressants sur l'état de choses auquel cette disposition a pour but de remédier. L'ordonnance royale du 29 avril 1831, qui a créé les rentes au porteur, prohibait la conversion des rentes nominatives appartenant aux mineurs et à d'autres incapables en rentes au porteur : fallait-il appliquer cette disposition aux titres nominatifs des sociétés? On n'alla pas jusqu'à repousser absolument la conversion, ce qui eût été préjudiciable aux intérêts des incapables; mais pendant longtemps la jurisprudence décida qu'il fallait pour la conversion l'accomplissement par le tuteur des formalités prescrites pour l'aliénation : on considérait que la conversion équivalait à l'aliénation, puisqu'elle permettait au tuteur de faire ensuite la cession du titre par simple tradition (art. 35 C. com.). Toutefois un revirement s'est produit depuis quelques années; la Cour de cassation, dans les arrêts du 8 février 1870 et du 4 août 1873, admit que la conversion constitue, non pas un acte d'aliénation, mais un simple acte d'administration que le tuteur ou la femme séparée de biens peuvent faire sans autorisation. Cette nouvelle jurisprudence paraît bien établie, et tout récemment encore, le 10 mai dernier, la Cour de Paris a rendu un nouvel arrêt en ce sens.

Il faut le reconnaître, cette doctrine est plus juridique que celle précédemment admise; de ce que la conversion peut mener à l'aliénation, il ne faut pas conclure que c'est une aliénation : « Avant comme après la conversion, dit la Cour « de cassation, le droit de l'actionnaire ou de l'obligataire « demeure intact entre ses mains tant qu'il n'en a pas dis- « posé, et, en tout cas, il n'en peut disposer que par un acte « distinct de la conversion. »

L'article 10 du projet voté par le Sénat a pour but d'obvier aux dangers qui résultaient pour les intérêts des incapables de cet état de choses, et de trancher la question dans le sens opposé à celui que la Cour de cassation avait dû adopter.

Digitized by Google

Il est ainsi conçu : « La conversion de tous titres nominatifs « en titres au porteur est soumise aux mêmes conditions et « formalités que l'aliénation de ces titres. »

Cette disposition était nécessaire, mais on peut reprocher au texte de cet article sa trop grande généralité. Il paraît en effet s'appliquer à tous les incapables, aux femmes mariées par exemple, et non pas seulement aux mineurs et aux interdits. Or, toutes les autres dispositions de la loi sont spéciales à ces derniers, et l'on a eu soin d'en écarter les femmes mariées et autres incapables. Cet article ne peut donc concerner que les mineurs et les interdits, et à l'égard des femmes mariées, le principe, posé par la jurisprudence, que la conversion n'est qu'un acte d'administration, devra continuer à s'appliquer.

L'article 8 du texte voté en dernier lieu par le Sénat rend la loi applicable aux mineurs et aliénés placés sous la tutelle de l'administration de l'Assistance publique ou des administrations hospitalières, et aux administrateurs provisoires des biens des aliénés.

L'article 9 oblige les tuteurs entrés en fonctions et les mineurs émancipés antérieurement à la loi à s'y conformer et ajoute que les délais courront pour eux à partir de la promulgation.

L'article 11 déclare la loi applicable aux colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Réunion (il suffit de décrets pour rendre les lois applicables dans les autres colonies), et fixe des délais supplémentaires.

Enfin l'article 12 abroge la loi de 1806, le décret de 1813 et toutes les dispositions de lois contraires à la loi nouvelle.

Telles sont les dispositions du projet adopté par le Sénat, et ces dispositions sont pour la plupart excellentes et d'une utilité incontestable. M. Denormandie disait en terminant son rapport que, si la loi était importante, elle était en outre urgente, et qu'il convenait de porter un remède aussi prompt que possible aux inconvénients de la législation actuelle : nous pensons aussi qu'il faut se hâter, et nous voudrions voir le texte du Sénat soumis sans retard à la Chambre des députés dès qu'elle reprendra ses travaux. Cependant nous croyons utile qu'une nouvelle discussion approfondie ait lieu devant la Chambre et complète celle du

Digitized by Google

Sénat; de nouveaux points pourront être mis en lumière, quelques lacunes comblées, certaines inexactitudes rectifiées, et personne ne se plaindra de la longueur des travaux préparatoires, quand il en sera sorti une bonne loi.

JULIEN BREGEAULT.

BIBLIOGRAPHIE.

LÉGISLATION ET JURISPRUDENCE CONCERNANT LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

(2e édition).

Par M. Ch. FLINIAUX, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation [1].

Compte rendu par M. Charles LYON-CAEN,
Professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Ce petit volume n'est pas précisément un traité complet sur la propriété littéraire et artistique; pour l'étude de toutes les questions que comprend cette importante matière, un gros volume au moins serait nécessaire. M. Fliniaux a voulu seulement présenter un aperçu de la législation et de la jurisprudence sur les droits des auteurs et des artistes. Cette sorte de résumé est d'autant plus utile que nos lois sur la matière sont très-incomplètes et que, par suite, c'est dans des décisions judiciaires éparses qu'il faut chercher la plupart des règles ordinairement appliquées.

Dans un premier chapitre, l'auteur examine les différentes opinions théoriques soutenues sur la nature et sur la durée des droits des auteurs. Il prend parti pour le système qui est aujourd'hui le plus en faveur, celui qui, en reconnaissant que ces droits constituent une véritable propriété fondée sur le droit naturel, lui assigne cependant une durée limitée. — Le second chapitre contient un historique rapide de la législation française en matière, soit d'œuvres littéraires, soit d'œuvres dramatiques, soit d'œuvres d'art. — Les chapitre III, IV et V sont consacrés à la jurisprudence sur chacun de ces

[1] Paris, 1878, Thorin, éditeur, 1 vol. de 225 pages. in-8°.

Digitized by Google

objets. Elle est indiquée par une sorte de sommaire de chaque décision de quelque importance. Il est regrettable que M. Fliniaux n'ait pas reproduit le texte de tous les arrêts ou au moins des principaux d'entre eux. Les sommaires d'arrêts sont souvent trompeurs et ne donnent qu'une idée incomplète ou même imparfaite des décisions. En tous les cas, il fallait au moins faciliter aux lecteurs la recherche du texte des arrêts dans les recueils de jurisprudence en indiquant où l'on peut les trouver. M. Fliniaux a négligé ce petit détail matériel; cela diminue quelque peu l'utilité pratique de son livre. On ne peut en tirer un profit sérieux qu'à charge de se livrer à des recherches assez longues. — Le chapitre VI est un examen de la loi du 13 juillet 1866. — Dans le chapitre VII, M. Fliniaux émet, avec raison, le vœu que, à l'imitation de ce qui a été fait déjà dans presque tous les pays étrangers, le législateur français se décide enfin à faire une loi complète sur la propriété littéraire et artistique. Ce travail serait d'autant plus facile que la jurisprudence française a donné, en général, des solutions, et souvent les meilleures, sur les questions qu'il s'agit de résoudre dans une loi. — Le chapitre VIII est entièrement relatif à la protection internationale des droits des auteurs et des artistes. Après avoir cité le décret du 28 mars 1852, M. Fliniaux résume rapidement les principales questions touchées par les traités et les solutions qu'ils leur ont données. Le texte des traités conclus par la France est ensuite rapporté *in extenso*. — Enfin le chapitre IX contient une analyse sommaire des principales lois étrangères. Ici M. Fliniaux a commis une omission analogue à celle que nous lui avons reprochée plus haut : il a le tort de ne pas mentionner les textes des lois étrangères; le contrôle de l'exactitude des règles attribuées par M. Fliniaux à chacune de ces lois est rendu ainsi assez difficile.

CH. LYON-CAEN.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

Jurisprudence administrative.

DE LA NOMINATION DES INSTITUTEURS COMMUNAUX.

Par M. O. Le Vavasseur de Précourt,
Docteur en droit, maître des requêtes au Conseil d'État.

Le Conseil d'État, statuant au contentieux, a eu à prononcer, depuis 1872, sur de nombreuses affaires relatives à la nomination des instituteurs communaux, au choix à faire entre les instituteurs laïques et les instituteurs congréganistes, à la fixation du nombre des écoles dans chaque commune, au traitement des instituteurs et à l'inscription d'office de ce traitement, dans le cas où les conseils municipaux refusent de le voter. Plusieurs conseils municipaux, se fondant sur ce que les dépenses de l'instruction primaire étaient à la charge des communes, croyaient pouvoir revendiquer pour les représentants de ces communes un droit absolu sinon pour la nomination même de l'instituteur, au moins pour la direction à donner à l'école. Le Conseil d'État, dans des décisions que nous nous proposons de passer rapidement en revue, a rappelé et appliqué les dispositions légales, spéciales à l'instruction primaire, dispositions qui prêtent d'autant plus à la discussion, qu'elles sont contenues dans plusieurs lois successives, s'abrogeant partiellement les unes les autres, et que la législation, en cette matière, a subi de nombreuses et importantes variations.

I

La loi du 15 mars 1850, par son article 31, attribuait aux conseils municipaux la nomination des instituteurs. Le droit de nomination, transféré aux recteurs, les conseils municipaux entendus, par le décret du 9 mars 1852, fut définitivement attribué aux préfets, sous l'autorité du ministre de l'instruction publique, par la loi du 14 juin 1854; le préfet statue, dans les mêmes formes que statuait le recteur, c'est-à-dire le conseil municipal entendu. Ces mots ont donné lieu à

Digitized by Google

une vive controverse. Le législateur avait-il eu l'intention d'exiger seulement que le conseil municipal fût consulté, sans que son avis fût obligatoire pour le recteur ou le préfet, ou bien avait-il voulu réserver au conseil municipal un droit plus étendu, celui, sinon de désigner l'instituteur, au moins d'indiquer s'il devait être laïque ou congréganiste? Dans le sens de cette seconde interprétation, on pouvait invoquer des documents contemporains du décret du 9 mars 1852 et de la loi du 14 juin 1854. Dans une circulaire du 3 avril 1852 le ministre de l'instruction publique, consulté sur le sens des mots « le conseil municipal entendu », insérés pour la première fois dans le décret du 9 mars précédent, s'exprimait ainsi : « La pensée du décret est que le conseil municipal soit mis par le recteur en demeure de déclarer s'il désire que la direction de son école soit confiée à un instituteur laïque ou à un membre d'une association religieuse. Le recteur choisira ensuite, selon le vœu exprimé par le conseil municipal, l'instituteur, qu'il nommera, soit sur la liste d'admissibilité, soit parmi les présentations faites par les supérieurs des associations religieuses vouées à l'enseignement et reconnues d'utilité publique. » Après la loi du 14 juin 1854, qui transférait du recteur au préfet le droit de nomination des instituteurs, une nouvelle circulaire du ministre de l'instruction publique, en date du 31 octobre 1854, interprétait les mots « le conseil municipal entendu » en comprenant dans le même sens, et de la façon la plus large, le droit attribué au conseil municipal. « Le préfet, disait le ministre dans cette circulaire, nomme, sur la proposition de l'inspecteur d'académie, un candidat choisi selon le vœu exprimé par le conseil municipal. Je n'ai pas besoin d'ajouter qu'aucune contrainte ne doit être exercée pour déterminer l'option des conseils municipaux. Ces conseils sont les représentants légaux des intérêts et les interprètes légitimes des vœux des communes. »

En 1861, le préfet du département d'Ille-et-Vilaine ayant nommé un instituteur et une institutrice laïques, contrairement au vœu d'un conseil municipal, l'archevêque de Rennes adressa au ministre de l'instruction publique une réclamation où il invoquait les circulaires interprétatives de la loi que nous venons de citer.

M. Rouland, ministre de l'instruction publique, dans une

Digitized by Google

lettre du 20 décembre 1861, donna une autre interprétation de la loi. Suivant lui, le conseil municipal n'était appelé qu'à donner un simple avis, et il s'efforça même d'établir que les circulaires de ses prédécesseurs n'avaient jamais dit autre chose. Ces circulaires, disait-il en se servant de ces mots : « le préfet choisira, selon le vœu exprimé par le conseil municipal, l'instituteur communal » n'ont pas déclaré que ce vœu liait le préfet, elles ont simplement indiqué une ligne de conduite à l'administration. Sans nous prononcer sur la subtilité un peu ingénieuse de ce raisonnement, nous devons ajouter que la question fut portée devant le Sénat par l'archevêque de Rennes, qui dénonça comme inconstitutionnels les arrêtés du préfet d'Ille-et-Vilaine. Le Sénat consacra ses deux séances des 30 avril et 7 mai 1862 à cette importante discussion. Les défenseurs des droits du conseil municipal invoquèrent, à l'appui de leur opinion, la tradition législative. Ils firent remarquer que la loi du 28 juin 1833 reconnaissait au conseil municipal un droit plus important que le droit d'opter entre les deux enseignements laïque et congréganiste, le droit de présentation de l'instituteur, et que si la loi du 15 mars 1850 avait confondu dans les mains du conseil municipal le droit d'option et le droit de nomination, le décret du 9 mars 1852 n'avait entendu enlever au conseil municipal que le second de ces droits, en lui laissant entièrement le premier. Le Sénat ne se prononça pas au fond sur la question, il écarta la pétition par la question préalable, sur la proposition de M. le comte Boulay de la Meurthe, qui indiqua très-nettement, à l'appui de sa proposition, qu'un seul recours lui paraissait ouvert dans l'espèce, le recours au Conseil d'État, pour excès de pouvoirs. C'est l'époque où la jurisprudence du Conseil d'État, élargissant le recours pour excès de pouvoirs, l'admettait sans difficulté dans les matières où aucun autre recours, direct ou indirect, par les voies judiciaires ou administratives, n'était ouvert aux réclamants.

Ce ne fut pourtant qu'en 1870 que la question fut portée devant le Conseil d'État; un décret au contentieux, du 9 mars 1870, rejeta une requête de la ville de Nemours contre un arrêté du préfet de Seine-et-Marne, qui n'avait pas tenu compte, pour la nomination des instituteurs, du vœu exprimé par le

Digitized by Google

conseil municipal. De nombreuses décisions, plus récentes, ont affirmé et appliqué la même jurisprudence (Conseil d'État, 24 janvier 1873, conseil municipal de Roanne; 28 mars 1873; ville de Lyon; 4 décembre 1874; ville de Perpignan et ville de Narbonne). Ces décisions ont reconnu au préfet le droit de nommer l'instituteur, après avoir pri l'avis du conseil municipal et sans être tenu de s'y conformer; il semble, en effet, que si le sens des mots « le conseil municipal entendu » peut prêter à controverse en raison des circonstances dans lesquelles ces mots ont été introduits dans la loi, la controverse, au point de vue littéral et purement contentieux, n'est guère possible.

Dans la dernière des affaires que nous venons de citer, celle de la ville de Narbonne, la ville requérante avait proposé une distinction qui n'a pas été admise. La ville reconnaissait au préfet le droit de nommer l'instituteur, contrairement à l'avis du conseil municipal, lorsqu'il s'agissait de remplacer un instituteur, par suite de décès, démission ou révocation, mais lui contestait le même droit, lorsqu'il s'agissait de nommer le premier titulaire d'une école nouvellement créée; dans ce cas, disait-on, le préfet doit se conformer à l'avis du conseil municipal qui, ayant des fonds à voter pour l'établissement d'une école nouvelle, est libre de subordonner son vote à telles conditions qu'il juge convenable. Ce système créait une distinction qui n'était pas dans la loi : il a été repoussé, et le Conseil d'État a décidé que, si dans l'un et l'autre cas le conseil municipal doit être nécessairement consulté, aucune disposition de loi n'obligeait le préfet à subordonner ses décisions à l'avis du conseil municipal.

Dans ces décisions, le préfet et le conseil municipal étaient en désaccord : mais la question s'est présentée sous un autre aspect. Un conseil municipal prenait une délibération portant qu'à une époque déterminée toutes les écoles communales, confiées jusqu'alors à des instituteurs congréganistes, par exemple, seraient dirigées par des instituteurs laïques. Le préfet approuvait cette délibération. Quelle était la valeur de cette approbation? Le Conseil d'État a jugé qu'elle était nulle, et il n'a pas hésité, en semblables circonstances, à annuler les arrêtés approbatifs des préfets (Conseil d'État, 24 janvier 1873, dames de Saint-Maur de Toulon), ou à ad-

Digitized by Google

mettre que les préfets avaient pu rapporter des arrêtés préfectoraux de cette nature (Conseil d'État, 24 janvier 1873 (ville de Roanne), 4 avril 1873 (commune de Prémery). En effet, la délibération prise par le conseil municipal était nulle de plein droit, aux termes de l'article 23 de la loi du 5 mai 1855, comme portant sur un objet étranger aux attributions du conseil. Dès lors, le Conseil d'État a jugé, avec raison que, l'approbation du préfet ne pouvait rendre valable un acte nul de plein droit.

Cette jurisprudence, parfaitement conforme aux principes, a l'avantage de ne pas déplacer les responsabilités. Le préfet a la nomination des instituteurs : il doit en conserver toute la responsabilité et ne pas la reporter sur le conseil municipal, qui n'a qu'un droit d'avis : l'instituteur peut être déplacé par le préfet directement, mais il ne peut l'être indirectement par l'approbation donnée à un acte nul, qui aurait pour conséquence le changement forcé de l'instituteur.

En ce qui concerne le déplacement des instituteurs, le Conseil d'État a jugé, en 1866, qu'aucune disposition de loi n'interdisait au préfet d'appeler, dans l'intérêt du service, et en dehors même de toute mesure disciplinaire, l'instituteur d'une commune à exercer ses fonctions dans une autre commune (Conseil d'État, 22 mars 1866, commune de Combloux). Cette même question est actuellement soumise de nouveau au Conseil d'État, qui n'a pas encore statué.

Pour les instituteurs publics des écoles protestantes, il existe une disposition toute spéciale, contenue dans un article non abrogé de la loi du 15 mars 1850 : c'est le droit de présentation par les consistoires.

Le Conseil d'État a annulé, pour excès de pouvoirs, par application de cette disposition, un arrêté préfectoral qui nommait un instituteur non présenté par le consistoire : il a établi, dans sa décision, que si le préfet n'était pas tenu d'agréer le candidat présenté en premier lieu, il devait mettre le consistoire en demeure de lui faire d'autres propositions, mais ne pouvait nommer un instituteur non présenté (consistoire de l'Église réformée de Sainte-Foy, Conseil d'État, 25 avril 1873).

Dans cette affaire, le pourvoi était formé par le consistoire même, dont le droit de présentation avait été méconnu : la

Digitized by Google

recevabilité du recours ne pouvait être douteuse. Mais, tout récemment, en 1878, la même question a été portée devant le Conseil d'État par un pasteur et plusieurs pères de famille; il s'agissait d'un arrêté du préfet du Gard, qui avait nommé à Vergèze un instituteur non présenté par le consistoire d'Ayguesvives, dont dépendait l'église de Vergèze. Le Conseil d'État a rejeté le recours comme non recevable, par le motif que « si l'instituteur n'avait pas été présenté par le consistoire, les requérants étaient sans qualité, à défaut du consistoire qui n'avait formé aucune réclamation, pour se prévaloir de l'inexécution de cette formalité et demander, pour ce motif, l'annulation de l'arrêté attaqué par application des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872 (Conseil d'État, Maraval, 15 février 1878). Cette décision est conforme à la jurisprudence du Conseil d'État, qui ne reconnaît qualité, pour former le recours pour excès de pouvoirs, qu'à celui qui invoque un droit lésé et non simplement un intérêt froissé. Dans cette affaire, le Conseil d'État a refusé au pasteur qualité pour agir aux lieu et place du consistoire : de même, il ne reconnaît pas au curé le droit de se substituer à la fabrique, pour l'exercice des actions judiciaires. C'est ainsi que tout récemment il a rejeté, comme non recevable, une demande en décharge des contributions foncière et des portes et fenêtres, formée, au nom d'une fabrique, par un desservant, bien que celui-ci présentât une délibération du conseil de fabrique l'autorisant à former la requête : le Conseil d'État s'est fondé sur ce qu'aucune disposition du décret du 30 décembre 1809 n'autorisait les curés ou desservants à se pourvoir au nom des fabriques devant le Conseil d'État et sur ce que le conseil de fabrique n'avait pu, par sa délibération, conférer qualité à cet effet au desservant (Conseil d'État, Audraud, desservant de l'église de Cadenac, 15 mars 1878).

En ce qui concerne la nomination des instituteurs communaux en Algérie, les mêmes règles doivent être appliquées. Vainement la ville d'Alger a-t-elle soutenu que, à défaut de texte spécial, la loi du 15 mars 1850 et les actes ultérieurs qui l'ont modifiée n'ayant pas été promulgués en Algérie, on devait s'en tenir aux principes généraux, d'après lesquels les communes doivent avoir la direction de

Digitized by Google

l'instruction primaire, dont elles payent les frais. Le Conseil d'État, par sa décision du 30 mai 1873, n'a pas admis les réclamations de la ville d'Alger. En fait, d'ailleurs, il ne paraissait guère possible de reconnaître, en une matière spéciale, des attributions plus larges aux conseils municipaux de l'Algérie que celles conférées aux conseils municipaux de la France continentale.

II

En pratique, dans beaucoup de communes, la lutte entre les partisans d'un instituteur laïque et ceux d'un instituteur congréganiste s'est terminée par une transaction, la création de deux écoles communales, l'une confiée à un instituteur laïque, l'autre à un instituteur congréganiste. C'est au conseil départemental, sous l'autorité du ministre de l'instruction publique, qu'il appartient de fixer le nombre des écoles de chaque commune, après avis du conseil municipal, aux termes de l'article 2 de la loi du 10 avril 1867. On a soutenu, comme pour la nomination des instituteurs, que l'avis conforme du conseil municipal était nécessaire pour la création d'une nouvelle école : mais ce système n'a pas été admis. Le Conseil d'État a jugé qu'aucune disposition de loi n'obligeait le conseil départemental à subordonner sa décision à l'avis du conseil municipal (Conseil d'État, ville de Chambéry, 27 mars 1874). Une seconde question, relative aux pouvoirs du conseil départemental, était soulevée dans la même affaire. Le conseil départemental est investi, par la loi du 14 juin 1854, d'un droit que la loi du 15 mars 1850 (article 34) attribuait aux conseils académiques, celui de fixer le nombre des instituteurs adjoints, d'après le nombre des élèves qui fréquentent l'école : il a été décidé qu'aucun recours pour excès de pouvoir ne saurait être exercé contre la décision, en cette matière, du conseil départemental, la loi n'ayant pas déterminé la proportion qui doit exister entre le nombre des instituteurs adjoints et le nombre des élèves, et ayant laissé au conseil départemental le soin exclusif d'apprécier cette question.

Le conseil départemental ne statue, aux termes de la loi du 14 juin 1854, que sous l'autorité du ministre de l'instruc-

Digitized by Google

tion publique, qui pourrait ne pas approuver sa décision; mais si le ministre donne son approbation, la décision ministérielle peut-elle être l'objet d'un recours pour excès de pouvoirs? Le Conseil d'État a été amené nécessairement à décider, comme conséquence des décisions précédentes, que l'approbation donnée par le ministre à la décision prise par le conseil départemental, après l'accomplissement des formalités prescrites par la loi, était un acte d'administration accompli par le ministre dans la limite de ses pouvoirs (Conseil d'État, ville de Nantes, 17 mars 1876). Il en eût été autrement si la requête s'était prévalue de l'inobservation d'une formalité légale, par exemple de l'absence d'avis du conseil municipal.

III

Le traitement des instituteurs nommés par le préfet, dans les écoles dont le nombre a été fixé par le conseil départemental, est une dépense obligatoire pour les communes. Si le conseil municipal refuse de l'inscrire au budget, le préfet peut l'y inscrire d'office, après avoir mis le conseil municipal en demeure de la voter, conformément à l'article 39 de la loi du 18 juillet 1837. Ce principe ne peut soulever aucune controverse : mais le Conseil d'État a eu, en cette matière, à rappeler aux préfets que la voie de l'inscription d'office était la seule qui leur était ouverte par la loi pour porter une dépense au budget communal. Ainsi, il a annulé l'arrêté d'un préfet qui avait ordonnancé d'office la dépense du traitement des instituteurs, sans recourir à l'inscription d'office au budget (Conseil d'État, ville de Nevers, 13 avril 1874; ville de Marseille, 12 février 1875). L'instituteur, dont le traitement n'aurait pas été voté par le conseil municipal, devrait s'adresser au préfet pour obtenir l'inscription d'office, mais il ne serait pas recevable à attaquer pour excès de pouvoirs, directement devant le Conseil d'État, les actes par lesquels le conseil municipal aurait voté et le préfet aurait approuvé le budget sans y porter son traitement (Conseil d'État, frères de la doctrine chrétienne de Toulouse, 11 avril 1872).

Pour les instituteurs congréganistes, il intervient souvent

Digitized by Google

entre la commune et les congrégations des conventions particulières, pour déterminer le taux du traitement de l'instituteur et des instituteurs adjoints. Dans ce cas, il ne peut s'élever aucune difficulté. Mais, lorsque la commune a un instituteur congréganiste et n'a contracté aucun engagement pour le traitement, quelle somme peut être imposée à la commune? Le Conseil d'État a jugé, qu'à défaut de conventions formelles entre les communes et la congrégation des frères des écoles chrétiennes, le préfet n'excédait pas ses pouvoirs, en inscrivant d'office au budget pour les instituteurs congréganistes un traitement calculé sur les mêmes bases que celles fixées par la loi pour le traitement des instituteurs publics (Conseil d'État, ville d'Angers, 6 mars 1874, ville de Chambéry, 27 mars 1874). L'inscription d'office doit être limitée à la somme nécessaire pour le traitement de l'instituteur; ainsi il a été jugé, dans l'affaire de la ville de Chambéry, que nous venons de citer, que le préfet n'avait pu, sans excès de pouvoirs, inscrire au budget la dépense des fournitures des classes, cette dépense n'étant rendue obligatoire pour les communes par aucune disposition de loi ou décret.

L'inscription d'office peut-elle comprendre des traitements autres que celui de l'année courante? La ville de Toulon a soutenu en 1875 que le préfet ne pouvait inscrire d'office à son budget des traitements correspondant à des exercices clos, dont les budgets avaient été régulièrement approuvés. Le Conseil d'État a rejeté cette prétention, par le motif qu'aucune disposition de loi ne limitait à l'exercice courant le droit dévolu à l'autorité supérieure d'inscrire d'office au budget d'une commune les dépenses obligatoires (Conseil d'État, ville de Toulon, 16 juillet 1875). Le Conseil d'État a appliqué la même règle, pour l'inscription d'office, en d'autres matières ; ainsi, il a jugé qu'un préfet avait pu, sans excéder ses pouvoirs, inscrire d'office au budget d'une commune la somme nécessaire pour parfaire le contingent de la commune, fixé par le conseil général, pour la dépense d'entretien des chemins vicinaux de grande communication, dépense s'appliquant à des exercices dont les budgets avaient été approuvés, le fait que dans le budget approuvé se rencontrait une omission ne pouvant enlever à la dépense, pour laquelle

Digitized by Google

aucun crédit n'était porté, son caractère de dépense obligatoire (Conseil d'État, commune de Préaux, 24 novembre 1876).

IV

Une question qui s'est rattachée incidemment à celle de la détermination du nombre des écoles, est celle que l'on pourrait appeler la question de la gratuité partielle. Les lois de 1850 et de 1867 permettent aux conseils municipaux d'établir la gratuité des écoles communales. Mais un conseil municipal auquel le conseil départemental aurait imposé deux écoles, et qui serait tenu, d'après la jurisprudence que nous venons de rappeler, de subvenir au traitement des deux instituteurs, pourrait-il, dans le but de favoriser l'une de ces écoles, y établir la gratuité sans l'établir en même temps dans l'autre? Avant d'examiner la question au point de vue contentieux, nous devons indiquer qu'elle a été soulevée dans l'ordre purement administratif. Un décret, du 6 octobre 1873, a déclaré nulle une délibération du conseil municipal de Lyon, en date du 16 septembre 1873, en tant qu'elle restreignait aux écoles primaires laïques le bénéfice de la gratuité. Ce décret était précédé de considérants ainsi formulés: « Considérant qu'en donnant aux communes le droit de n'établir la gratuité que dans une ou plusieurs écoles, la loi du 15 mars 1850 a voulu laisser aux conseils municipaux la faculté de tenir compte des besoins véritables de la population, et ne point obliger les villes à des sacrifices inutiles en les forçant à établir des écoles entièrement gratuites dans les quartiers où cette gratuité ne serait pas indispensable; que le conseil municipal de Lyon aurait pu, dès lors, réduire le nombre des écoles gratuites, si, se préoccupant, non du caractère laïque ou congréganiste des écoles, mais de leur situation topographique, il avait reconnu que, dans certains cas, la gratuité ne répondait pas à des besoins impérieux; mais que la délibération du 16 septembre qui ne tient compte, ni des besoins de la population, ni de la liberté des pères de famille, n'a d'autre but que d'annuler indirectement la décision par laquelle le préfet, sur l'avis conforme du conseil départemental de l'instruction publique, a rétabli les écoles congréganistes illégalement supprimées en 1870;

Digitized by Google

que la loi, qui a dévolu au préfet le soin de se prononcer sur le caractère laïque ou congréganiste des écoles, n'a pu donner au conseil municipal un droit qui rendrait illusoire celui du préfet; qu'en établissant arbitrairement un privilége en faveur des écoles laïques et au détriment des écoles congréganistes, à l'égard desquelles les obligations légales sont identiques, le conseil municipal de Lyon a excédé la limite de ses attributions. »

Nous n'avons pas à discuter ce décret, qui reste dans le domaine de l'administration pure; tout au plus pouvons-nous indiquer qu'il nous semble que les premiers considérants, qui reconnaissent au conseil municipal le droit d'établir la gratuité partielle, sont en contradiction avec les derniers qui portent que le conseil municipal, en établissant cette gratuité partielle, a excédé ses pouvoirs. Il pouvait y avoir mauvais usage des pouvoirs, mais il n'y avait pas, ce nous semble, excès de pouvoirs, dans le sens tout spécial attaché à ce mot. Le Conseil d'État, au contentieux, n'a pas eu à trancher la question, mais elle s'est trouvée incidemment soulevée dans une affaire de la ville de Chambéry jugée le 12 janvier 1877, et elle a été examinée dans les savantes conclusions données sur l'affaire par M. le commissaire du gouvernement David. Nous pensons, comme M. le commissaire du gouvernement, que la question, au contentieux, devrait se résoudre en ce sens qu'on reconnaîtrait au conseil municipal le droit d'établir la gratuité partielle. Vainement dirait-on que les centimes, pour l'instruction primaire, frappant sur tous les contribuables, l'école dans laquelle les uns envoient leurs enfants ne doit pas être plus favorablement traitée que celle préférée par les autres. Ce n'est pas là un argument juridique; dans cet ordre d'idées, il faudrait admettre que les contribuables seuls, qui envoient des enfants à l'école, doivent supporter les centimes spéciaux afférents aux dépenses de l'instruction primaire. L'article 36 de la loi du 15 mars 1850 fournit un argument de texte dans notre sens. « Toute commune, dit cet article, a la faculté d'entretenir une ou plusieurs écoles gratuites, à la condition d'y subvenir sur ses propres ressources. » Cette disposition semble admettre que les écoles communales d'une même commune peuvent ne pas être placées toutes sous le même

Digitized by Google

régime. La loi du 10 avril 1867 n'a pas innové sur ce point; l'article 8 de cette loi reproduit les termes mêmes de la loi de 1850. Peut-être le législateur n'a-t-il pas pensé à la question spéciale qui nous occupe. En tous cas, il nous paraîtrait difficile, en l'absence d'un texte précis, de restreindre sur ce point le pouvoir du conseil municipal.

V

Les questions, relatives à la nomination des instituteurs communaux et au fonctionnement des écoles, rentrent essentiellement dans le domaine de la juridiction administrative. Il peut se présenter, pourtant, et il s'est présenté en fait, certaines questions qui, par leur nature, se rattachaient à des contrats de droit commun et pour lesquelles la compétence judiciaire a été reconnue sans difficulté. Nous signalerons, en première ligne, les affaires dans lesquelles se trouvent soulevées des questions de propriété. Ainsi, en 1873, une contestation s'éleva entre la ville de Toulon et les dames religieuses de Saint-Maur, institutrices communales, remplacées par des institutrices laïques, et auxquelles le maire avait enjoint de quitter les bâtiments de l'école, dont elles se prétendaient propriétaires. La Cour d'Aix rejeta, avec raison, l'exception d'incompétence proposée par le maire de Toulon : « Attendu, dit l'arrêt, que le débat porte sur la question de savoir si les dames de Saint-Maur seront ou non expulsées de la maison qu'elles habitent depuis plus de soixante ans, et qu'il présente, dès lors, un véritable caractère d'urgence; attendu, d'autre part, que ce débat se rattache à une question de propriété, et qu'à ce titre, il est essentiellement de la compétence de l'autorité judiciaire, malgré les actes administratifs que le maire de Toulon invoque, dont le sens et la valeur ne sont nullement contestés, qui sont étrangers à la question à résoudre, et dont l'effet ne saurait être de troubler l'ordre des juridictions. » (Cour d'Aix, 9 janvier 1872.)

L'autorité judiciaire doit être également considérée comme compétente, pour connaître des traités conclus, entre les communes et les congrégations religieuses pour la tenue des écoles. Le Conseil d'État a reconnu et appliqué ce principe en annulant, pour incompétence, un arrêté du con-

Digitized by Google

seil de préfecture de Tarn-et-Garonne, qui avait prononcé la nullité d'un traité passé entre le maire de la ville de Castelsarrasin et les Frères de Marie, pour la tenue de l'école communale, malgré les conclusions de la ville de Castelsarrasin, qui soutenait qu'il s'agissait de l'appréciation d'un acte administratif; le Conseil d'État a considéré, au contraire, que le traité constituait un contrat de droit commun, et que l'autorité judiciaire était seule compétente pour statuer sur la validité et sur l'exécution de cette convention. (Conseil d'État, association des Frères de Marie, 19 décembre 1873.)

On peut citer, dans le même sens, plusieurs décisions de l'autorité judiciaire conformes à la décision du Conseil d'État, notamment un arrêt de la Cour de Toulouse, du 11 août 1873, et un arrêt de la Cour de cassation, rendu, sur la requête de la ville de Toulouse, le 1er décembre 1873. La compétence judiciaire a été reconnue pour tout l'ensemble du traité, intervenu entre la ville et la congrégation, même pour la partie de ce traité qui avait trait au traitement des Frères : cette partie de la question pouvait paraître plus délicate, car si le traitement était une des conditions du traité, on pouvait dire, d'un autre côté, que ce traitement, afférent aux fonctions d'instituteur communal, avait un caractère essentiellement administratif. Il s'agissait, dans l'espèce, des Frères de la doctrine chrétienne, qui étaient légalement instituteurs communaux. Dans une hypothèse inverse, il a été jugé que, lorsque des instituteurs avaient été remplacés régulièrement, il ne saurait appartenir à l'autorité judiciaire de connaître des demandes de dommages-intérêts et autres, qui auraient pour point de départ les arrêtés préfectoraux portant remplacement des instituteurs (Cour de Bourges, 19 juin 1872).

Il y a une autre hypothèse où la compétence de l'autorité judiciaire ne nous paraîtrait pas douteuse; c'est dans le cas où, par suite de remplacement ou de changement d'instituteur, des difficultés s'élèveraient entre une commune et des particuliers qui auraient fourni des locaux, versé des subventions ou fait des libéralités d'une nature quelconque en vue des écoles, à la condition que ces écoles seraient sous telle direction donnée. Ces conditions n'ont rien d'illicite. Le Conseil d'État a reconnu, même aux fabriques et consis-

Digitized by Google

toires, par avis du 24 juillet 1873, le droit de recueillir des libéralités pour la fondation des écoles; ce droit appartient, à plus forte raison, aux communes, le donateur est libre de subordonner sa donation à une condition qui n'est pas illicite, et les contestations qui peuvent s'élever à ce sujet nous semblent être évidemment du domaine de l'autorité judiciaire.

Nous avons rappelé sommairement les règles relatives à la nomination des instituteurs, à leur traitement, à la détermination du nombre des écoles communales, à la gratuité, aux traités intervenus entre les communes et certaines congrégations religieuses pour la tenue des écoles. Bien qu'on puisse trouver dans les décisions conformes de l'autorité judiciaire et du Conseil d'État les règles légales qui doivent permettre de résoudre les difficultés qui peuvent se présenter, il serait à désirer qu'il intervînt sur cette matière une loi, nette et précise, réunissant les dispositions éparses dans plusieurs lois, statuant expressément sur les questions que la législation actuelle n'a pas tranchées par un texte spécial, et évitant des contestations qui, dans une matière d'une nature si délicate par elle-même, ne peuvent que nuire au développement de l'instruction primaire.

O. LE VAVASSEUR DE PRÉCOURT.

DE LA TAXE DES BIENS DE MAINMORTE,

ÉTABLIE PAR LA LOI DU 20 FÉVRIER 1849[1].

Par feu M. Reverchon,
ancien maître des requêtes au Conseil d'État,
conseiller à la Cour de cassation.

(*Suite et fin*[1].)

SECTION III.

QUOTITÉ ET CALCUL DE LA TAXE.

24. Aux termes du 2e paragraphe de l'article 1er de la loi du 20 février 1849, la taxe doit être établie *à raison de*

[1] Voir *Revue critique*, livraisons de juin 1878, p. 396, et août-septembre, p. 555.

Digitized by Google

62 *centimes* 1/2 *pour franc du principal de la contribution foncière.*

On peut consulter, dans l'exposé des motifs, les calculs par lesquels l'administration est arrivée à adopter cette évaluation.

Dans la discussion, divers amendements ont été produits pour réduire la taxe à un taux moins élevé. M. Huot (9 février 1849) a demandé qu'elle fût fixée à 50 centimes. M. Raudot (20 février) a demandé 40 centimes seulement. Ces diverses propositions ont été écartées à peu près sans débat.

Deux questions délicates se sont présentées sur cette matière devant le Conseil d'État. Il a eu à décider : 1° quelle est la quotité de la taxe due par l'établissement qui n'est encore que nu propriétaire ; 2° quelle doit être cette même taxe en cas de bail emphytéotique.

25. Sur le premier point, la rigueur des principes aurait conduit peut-être à juger que, la taxe étant due, elle était immédiatement due pour la totalité, et sans qu'il y eût lieu de tenir compte de l'usufruit; en effet, l'immeuble, même grevé d'usufruit, *appartient* au nu propriétaire, et, la loi n'ayant fait aucune distinction, on pouvait dire que la jurisprudence n'avait pas le droit d'en faire d'elle-même.

Telle n'a pas été cependant l'opinion du Conseil d'État, qui a résolu la question, le 13 août 1851 (*Hospice d'Alby*), dans les termes suivants :

« En ce qui touche le calcul de la valeur sur laquelle la « taxe doit être établie[1];

« Considérant que, d'après le droit commun et les dispo- « sitions de la loi du 22 frimaire an VII, l'usufruit, lorsque « le prix n'en a pas été déterminé par l'acte même de trans- « mission, représente, pour la perception des droits de mu- « tation, la moitié de la propriété pleine et entière; que, « dans le même cas, à l'égard de la nue propriété, après la « première mutation, lors de laquelle il est toujours payé un

[1] La première partie de l'arrêt était la reproduction pure et simple de celui ci-dessus cité du 28 décembre 1858 (*bureau de bienfaisance de Chapelle-des-Bois*), par lequel il a été jugé que la taxe est due par l'établissement qui n'est encore que nu propriétaire.

Digitized by Google

« droit proportionnel calculé sur la valeur entière de l'im-
« meuble, les mutations entre-vifs ou par décès ne sont sou-
« mises qu'à un droit proportionnel calculé sur la moitié de
« la valeur de la pleine propriété; que dès lors c'est sur la
« moitié des biens alors grevés d'usufruit au profit de la
« dame de Saint-Juéry que, pour l'exercice [1] 1849, doit
« être établie ladite taxe;

« Art. 1er. L'arrêté du conseil de préfecture..... est annulé
« dans celle de ses dipositions qui maintient la taxe de l'hos-
« pice d'Alby pour la somme de 151 fr. 19 c., calculée sur le
« principal de la contribution foncière afférente à la pro-
« priété pleine et entière des immeubles dont il s'agit.

« Art. 2. Il est accordé décharge à l'hospice d'Alby de
« la somme de 75 fr. 59 c. pour l'exercice 1849. »

Le même jour, quatre autres arrêts ont été rendus dans les mêmes termes sur d'autres pourvois de la ville d'Alby, de l'hospice de Versailles, de la fabrique de Saurat et du bureau de bienfaisance de Brains.

Le *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, en rapportant ces arrêts, les a accompagnés des observations suivantes :

« Le premier motif de la décision nous paraît à la fois
« inexact et inutile. Il est inexact : car il n'existe dans le *droit*
« *commun*, c'est-à-dire dans le Code civil, aucune disposition
« qui fixe la valeur de l'usufruit à la moité de la propriété
« pleine et entière; le Code s'est abstenu avec soin de faire
« une telle évaluation, parce que, comme le dit M. Proudhon
« dans son *Traité des droits d'usufruit* (t. II, n° 770), *il n'y a rien*
« *dont la vraie valeur soit plus incertaine;* il ne l'a faite que dans
« le cas d'absolue nécessité, tel que ceux auxquels s'appli-
« quent les articles 917 et 918, et l'on peut voir, en s'y ré-
« férant, que ces articles n'ont pas adopté cette base de la
« moitié de la valeur du fonds. Le motif est même inexact
« dans le *droit spécial :* car d'abord, en cas de transmission
« de l'usufruit à titre onéreux, le droit est perçu, soit d'a-
« près le prix exprimé dans l'acte, soit d'après une estima-
« tion par experts (art. 15, n° 6, de la loi du 22 frimaire

[1] Le mot *exercice* est un terme de comptabilité qui n'est pas synonyme, en cette matière, du mot *année*. C'est par inadvertance que la première expression a été employée ici.

Digitized by Google

« an VII), qui peut fort bien donner un résultat supérieur ou « inférieur à la moitié ; de plus, même dans le cas où il s'agit « d'un usufruit transmis à titre gratuit ou réservé par le « vendeur à son profit (art. 15, n° 6 et 8, de la même loi), la « base de la moitié n'est pas absolue, et il est douteux, par « exemple, qu'elle dût s'appliquer à l'usufruit donné ou lé- « gué pour un temps déterminé, pour moins de dix ans « (Proudhon, *loc. cit.*, n° 778). Il n'est donc pas exact, même « dans le droit spécial, et surtout dans le droit commun, de po- « ser en principe que l'usufruit représente en général, pour « la perception des droits de mutation, la moitié de la pro- « priété pleine et entière. — Cela, au surplus, était inutile « à dire dans l'espèce. En effet, dès qu'il était reconnu que « l'usufruit peut, pendant sa durée, donner lieu à des mu- « tations; dès que le Conseil prenait ensuite pour point de « départ cette jurisprudence de la Cour de cassation, qui a « admis, contrairement aux instructions et aux préten « tions de la régie, que les mutations de la nue propriété « pendant la durée de l'usufruit ne doivent donner lieu qu'à « un droit proportionnel calculé sur la moitié de la pleine « propriété[1], il en résultait naturellement que le Trésor, « pendant cette même période, conservait la chance de per- « cevoir des droits sur les transmissions de l'usufruit, et ne « perdait, quant aux transmissions de la nue propriété, que « la moitié et non la totalité des droits afférents aux trans- « missions de pleine propriété, c'est-à-dire, en définitive, « ne perdait pas la totalité, mais seulement la moitié de ses « droits. Dès lors, la taxe de mainmorte, qui n'est destinée « qu'à remplacer les droits que le fisc ne perçoit pas, devait « être calculée d'après cette perte partielle seulement. Le « second motif de la décision pouvait donc, à lui seul, dans « cet ordre d'idées, suffire à la justifier. »

On voit que cette critique, quelque fondée qu'elle paraisse être, en ce qui touche le premier motif de la décision, aboutit pourtant à admettre la décision elle-même, qui

[1] C'est ce qui a été jugé, notamment, par un arrêt de la Cour de cassation, chambres réunies, du 27 décembre 1847, sur les conclusions conformes de M. le procureur général Dupin (Dalloz, 48, 1, 27). Voir aussi dans le même sens un autre arrêt de la même Cour du 21 juin 1848 (Dalloz, 48, 1, 104).

Digitized by Google

peut, en effet, se rattacher au principe de l'impôt de main-morte, et qui a, de plus, l'avantage d'atténuer la rigueur de cet impôt dans la situation particulière qu'elle a ainsi réglée[1].

Mais le même jurisconsulte ajoute immédiatement :

« Il n'est pourtant pas possible de ne pas remarquer que « si, pour l'exécution de la loi du 20 février 1849, dont le « texte ne semble pas comporter de distinctions, on déduit « la valeur de l'usufruit, il sera assez difficile de ne pas « déduire aussi, le cas échéant, la valeur des rentes viagères, « des droits d'usage, des servitudes et des autres droits réels, « et qu'il sera non moins difficile de trouver les bases de « cette évaluation. »

Cette dernière question ne s'est pas, jusqu'ici, présentée devant le Conseil d'État. Elle pourrait, effectivement, donner lieu à des embarras assez sérieux, si la décision adoptée quant à l'usufruit était exclusivement ou même principalement fondée sur ce motif que l'usufruit représente, dans le droit commun, la moitié de la propriété pleine et entière; car alors il faudrait rechercher aussi quelle est ou quelle doit être, d'après les principes du droit commun, la part pour laquelle la valeur des rentes viagères, des droits d'usage, etc., entre dans la valeur de la pleine propriété. Mais comme, en réalité, la jurisprudence qui vient d'être exposée a été surtout inspirée par celle de la Cour de cassation sur les mutations de la nue propriété, il suffirait, le cas échéant, de se reporter aux règles établies par cette dernière jurisprudence, en ce qui touche la perception des droits ordinaires de mutation de la propriété, pour le cas où cette propriété est grevée des charges temporaires ou indéfinies auxquelles nous venons de faire allusion.

26. Quant à la question de savoir quelle doit être la quotité de la taxe due par l'établissement propriétaire d'un immeuble affermé par un bail emphytéotique, le Conseil l'a résolue de la manière suivante (13 août 1851, *Hospice de Château-du-Loir*).

« Considérant que la loi du 20 février 1849 a créé sur

[1] La jurisprudence établie par les arrêts ci-dessus cités a été confirmée par un autre arrêt du 14 décembre 1868 (*bureau de bienfaisance de la Chapelle-en-Juger*).

Digitized by Google

« les biens immeubles passibles de contribution foncière,
« appartenant aux hospices, une taxe annuelle représen-
« tative des droits de transmission entre-vifs et par décès;
« que cette loi n'a pas excepté de ses dispositions les
« biens dont la propriété appartient à un hospice, mais sur
« lesquels est établi un bail emphytéotique; que, quel que
« soit le caractère de l'emphytéose, aucune disposition de
« loi n'a prescrit, en ce qui touche les biens loués par bail
« emphytéotique, qu'un départ serait fait entre le proprié-
« taire et le locataire, quant à la perception des droits de
« mutation entre-vifs ou par décès, suivant que la transmis-
« sion aurait lieu du chef de l'un ou de l'autre, ni établi les
« bases d'après lesquelles serait fait ce départ; qu'il n'appar-
« tient pas au Conseil de suppléer au silence des lois et d'ac-
« corder arbitrairement une réduction de taxe que les lois
« n'autorisent pas; que, dès lors, c'est à tort que le conseil
« de préfecture a accordé décharge à l'hospice de Château-
« du-Loir de la taxe de biens de mainmorte à laquelle il a
« été imposé, pour 1849, à raison de l'immeuble dont il
« s'agit.

« Art. 1er. L'arrêté du conseil de préfecture... est annulé.

« Art. 2. L'hospice de Château-du-Loir sera rétabli, pour
« l'année 1849, au rôle des biens de mainmorte, etc. »

Il résulte, cependant, de la jurisprudence de la Cour de cassation, que le bail emphytéotique opère la division de la propriété en deux parties, dont l'une demeure propre au bailleur, tandis que l'autre appartient au preneur. On lit, à ce sujet, dans un arrêt de cette Cour, du 6 mars 1850 (Dalloz, 50, I, 129), conforme à des arrêts antérieurs et postérieurs :

« Attendu que l'effet d'un tel bail est d'opérer la division
« de la propriété du domaine laissé à bail, en deux parties :
« l'une que conserve le bailleur, et dont la rente qu'il re-
« tient est représentative; l'autre qui se compose de la jouis-
« sance des fruits qu'il produit et qui appartient au pre-
« neur; que le preneur possède le droit qui lui est transmis
« par l'effet de cette division, comme propriétaire, pouvant,
« pendant la durée du bail, en disposer par vente, donation,
« échange ou autrement, et le donner en hypothèque, avec
« la charge toutefois des droits du bailleur, à exercer seule-
« ment à la fin du bail; que les constructions que le preneur

Digitized by Google

« élève sur ce domaine sont, comme la jouissance du domaine « lui-même, sa propriété pendant tout le cours du bail; « que l'ensemble de ces droits constitue dans sa main, sur « le sol et sur les constructions, un droit immobilier, dont « la mutation par décès donne ouverture au droit fixé pour « la transmission des immeubles par la loi du 22 frimaire « an VII. »

Rapprochée de cette jurisprudence, ainsi que des décisions citées au numéro précédent, la solution adoptée par le Conseil d'État sur la question du bail emphytéotique amenait forcément une observation qui, en effet, a été exprimée dans les termes suivants par le *Recueil des arrêts du Conseil* (1851, page 633) :

« Il n'y a pas une parfaite harmonie entre cette décision et « celles qui précèdent. Ici le Conseil déclare que le bail em- « phytéotique n'a pas les effets qui lui sont attribués par la « jurisprudence de la Cour de cassation; qu'aucune loi n'a « prescrit de faire, entre le bailleur et le preneur, le départ « admis par cette jurisprudence pour la perception des droits « de mutation, et qu'il ne lui appartient pas de suppléer « arbitrairement au silence des lois. Au contraire, en matière « d'usufruit, nous venons de voir qu'il n'a pas craint de sup- « pléer au silence des lois, ou du moins d'adopter la distinc- « tion faite à cet égard par la jurisprudence judiciaire. Il « nous semble pourtant que si, dans ce dernier cas, le « Conseil a pu et dû se placer au point de vue de la loi « du 20 février 1849, et rechercher, en conséquence, la perte « que fait le Trésor, quant aux droits de mutation, par « l'effet des lois sur l'enregistrement et de l'interprétation « donnée à ces lois par l'autorité compétente, les mêmes « raisons de droit, d'intérêt public et d'équité lui permet- « taient et lui conseillaient de suivre ici le même procédé, « surtout lorsqu'il s'agissait d'un bail de 99 ans, c'est-à-dire « d'un contrat dont le caractère emphytéotique n'était pas « contesté. Nous n'apercevons pas aisément les motifs de la « différence[1]. »

[1] M. Serrigny (*Questions et traités de droit administratif*, p. 204) et M. Dalloz (*Nouveau Répertoire*, v° TAXES, n° 31) se sont associés de tous points à cette critique.

Digitized by Google

Il faut même ajouter que, dans l'espèce, la solution adoptée produisait un résultat dont la rigueur touchait à l'iniquité. L'immeuble dont il s'agissait était affermé au prix de 20 francs par an, et le bail, fait pour 99 ans, en 1779, avait encore, en 1849, 29 ans de durée. Cependant la taxe de mainmorte, calculée d'après la contribution foncière assise sur la totalité de l'immeuble, s'élevait à 34 fr. 76 c., c'est-à-dire que l'impôt excédait le revenu. Et ce n'était pas une situation accidentelle et isolée : le preneur à bail emphytéotique fait ordinairement des améliorations, des constructions sur les terrains compris dans son bail; c'est une des prévisions et un des motifs de l'emphytéose, à l'expiration de laquelle ces améliorations et constructions reviennent au bailleur, et c'est en même temps une des raisons qui expliquent habituellement la modicité relative du canon emphytéotique. Mais, en attendant, ces augmentations que reçoit la chose augmentent l'impôt foncier[1], et, si la taxe de mainmorte est calculée sur la totalité de cet impôt, elle dépassera presque toujours le revenu.

Appelé à donner des conclusions, comme commissaire du gouvernement, sur cette première affaire, j'avais été frappé de ces diverses considérations, et, admettant la doctrine de la Cour de cassation sur la nature de l'emphytéose, tirant de là la conséquence que l'établissement bailleur devait la taxe de mainmorte, j'avais pensé qu'il ne la devait que pour partie. Essayant ensuite (et c'était là la vraie difficulté) de déterminer la proportion dans laquelle il la devait, j'avais dit :

« Sur ce point, la loi du 22 frimaire an VII et la jurisprudence de la Cour de cassation ne peuvent plus guère nous « guider. Cette loi, cette jurisprudence nous apprennent bien « que, dans tel cas donné, la mutation du droit de l'emphytéote ou du droit du bailleur doit amener telle perception; « mais là il s'agit d'une taxe unique, une fois perçue, et « perçue en vue d'une situation connue; on sait si la transmission a lieu à titre onéreux ou à titre gratuit, s'il s'agit « d'une succession à tel ou tel degré, d'une donation, d'un « legs, etc.; on a les éléments nécessaires pour calculer la

[1] On va voir que le bailleur ne supporte, en général, qu'un cinquième de l'impôt foncier.

Digitized by Google

« valeur respective du droit du bailleur et du droit de l'em-
« phytéote. Au contraire, pour la taxe de mainmorte, pour
« une taxe annuelle et permanente, on aurait besoin de con-
« naître la proportion absolue de la valeur des deux droits;
« mais cette proportion absolue n'existe pas, ou du moins
« elle varie incessamment, puisque le droit de l'emphytéote
« perd chaque année une partie de sa valeur, et que la va-
« leur du droit du bailleur acquiert chaque année une aug-
« mentation correspondante.

« Aussi M. le ministre des finances, sur le pourvoi duquel
« le Conseil est appelé à statuer, a-t-il trouvé commode de
« ne pas s'expliquer et de se borner à dire que l'hospice de-
« vait *au moins une certaine quotité* de la taxe.

« Quant à nous, il nous semble qu'on peut arriver à deux
« solutions.

« D'abord on peut prendre pour base la contribution
« foncière à laquelle l'emphytéote et le bailleur sont respec-
« tivement assujettis, puisque la taxe de mainmorte est cal-
« culée d'après cette contribution. Or il a été décidé, par un
« avis du Conseil d'État du 2 février 1809, approuvé par
« l'Empereur : 1° que les contributions imposées sur les pro-
« priétés tenues à bail emphytéotique doivent être à la charge
« de l'emphytéote, lors même qu'il n'a point été astreint
« expressément à ce payement par l'acte du bail; 2° que
« l'emphytéote est autorisé à la retenue du cinquième sur le
« montant de la redevance, pour représenter la contribution
« due par le bailleur, à moins que le contraire n'ait été ex-
« pressément stipulé. De là, on serait autorisé à conclure,
« avec M. Troplong (*Du Louage*, n° 39), que, de droit, l'em-
« phytéote est tenu du payement des impôts, sauf le cinquième,
« qui reste à la charge du propriétaire. De là, par voie de
« suite, il résulterait encore que la taxe de mainmorte due
« par l'établissement bailleur d'un immeuble emphytéosé
« devrait être fixée à 62 centimes 1/2 par franc du cinquième
« de la contribution foncière assise sur cet immeuble.

« En second lieu, on peut puiser une autre solution dans
« l'article 2 de la loi du 3 frimaire an VII sur la contribution
« foncière, aux termes duquel la répartition de cette con-
« tribution est faite par égalité proportionnelle *sur toutes les*
« *propriétés foncières, à raison de leur revenu net imposable.* Il

Digitized by Google

« s'agirait, dans ce système, de déterminer, conformément « aux articles 3 et 4 de la même loi, le revenu net imposable « de cette copropriété foncière qui, dans l'état actuel de la « jurisprudence judiciaire, constitue le droit du bailleur, et « de fixer la taxe à 62 centimes 1/2 par franc de la contri- « bution à laquelle ce revenu donnerait lieu.

« Sans avoir une prédilection formelle pour l'un plutôt que « pour l'autre de ces procédés, nous penchons à préférer le « premier, qui nous paraît d'une application plus facile, et « qui conduirait à un résultat parfaitement équitable, en ce « qu'il modérerait notablement une taxe destinée à peser, « pendant de longues années, sur des établissements qui ne « tirent habituellement qu'un revenu bien modique des im- « meubles ainsi affermés. »

Mais, ainsi qu'on l'a vu, le Conseil a préféré la solution radicale, et certainement plus commode, qui consiste à mettre la taxe à la charge de l'établissement bailleur, d'après la totalité de la contribution foncière établie sur l'immeuble, et il a encore confirmé cette solution par deux arrêts des 5 mars 1852 (*ville de Vic*) et 3 février 1853 (*ville de Bordeaux*) conçus dans les mêmes termes.

Cependant, quelques années après, la question s'est reproduite. La congrégation religieuse d'*Ernemont*, imposée en 1867 à la taxe des biens de mainmorte comme propriétaire d'une maison située à Rouen et dont l'impôt foncier était de 51 fr. 69 c., a demandé la réduction de cette taxe, attendu que la maison dont il s'agissait était louée par un bail emphytéotique qui ne devait prendre fin qu'en 1880 et moyennant une redevance annuelle de 24 francs. Saisi de la réclamation, le conseil de préfecture de la Seine-Inférieure y a statué, le 20 août 1868, dans les termes suivants :

« Considérant que, lorsqu'une congrégation religieuse a « donné à emphytéose un immeuble à elle appartenant, le « domaine direct qui lui reste est un bien immeuble apparte- « nant à une congrégation et passible de la contribution fon- « cière : que le domaine utile est aussi un bien immeuble, pas- « sible de la contribution foncière, mais qu'il appartient à « l'emphytéote et non à la congrégation ; que, par conséquent, « le domaine direct remplit, et remplit seul, les conditions « nécessaires et suffisantes pour l'application de la taxe, la-

Digitized by Google

« quelle d'ailleurs doit frapper le domaine direct et ne frapper « que lui pour être, comme le veut la loi, *représentative* des « droits d'enregistrement auxquels donnerait lieu la trans- « mission entre-vifs ou par décès de cette part de propriété;

« Considérant dès lors qu'il y a lieu de rechercher, pour « l'assiette de la taxe, la proportion dans laquelle la propriété « se trouve divisée entre l'emphytéote et la congrégation; « que cette proportion varie à mesure qu'on se rapproche « de la fin de l'emphytéose, mais qu'elle peut être exacte- « ment calculée pour chaque année; qu'en effet, la jouissance « emphytéotique procurant naturellement à l'emphytéote un « revenu égal au produit total de l'immeuble diminuée de la « redevance, il suffit pour évaluer la part de propriété élue « emphytéote, de déterminer, par un calcul d'intérêts com- « posés, la valeur actuelle qui équivaut à l'ensemble des re- « venus futurs qui lui sont assurés d'année en année jusqu'à « la fin de l'emphytéose;

« Que, dans l'espèce, pour l'année 1867, la valeur totale « de l'immeuble, qui est de 16,000 francs, se trouve divisée « de la manière suivante :

« Part de l'emphytéote.	7,475 fr.	65
« Part de la congrégation.	8,524	35

« Que, par conséquent, la communauté d'Ernemont ne « doit être imposée, pour l'année 1867, à la taxe représen- « tative des droits de transmission entre-vifs ou par décès « qu'à raison des 8,524 fr. 35/16,000 fr. de la valeur totale « de l'immeuble, soit 17 fr. 24 c.;

« Art. 1er. — La communauté d'Ernemont sera imposée à « la taxe représentative des droits de transmission entre-vifs « ou par décès à raison des 8,524 fr. 35 c./16,000 fr. seule- « ment de la valeur totale de l'immeuble emphytéosé, sis à « Rouen, rue de Sotteville.

« Art. 2. Il lui est accordé décharge de la différence, etc.»

Mais, sur le pourvoi du ministre des finances, le Conseil d'État, par un arrêt du 9 février 1869, a persisté dans sa jurisprudence. Ce nouvel arrêt est ainsi motivé :

« Considérant que la loi du 20 février 1849 a établi sur les « biens immeubles passibles de la contribution foncière ap-

Digitized by Google

« partenant aux départements, communes et établissements « publics, et notamment aux congrégations religieuses, une « taxe annuelle représentative des droits de transmission « entre-vifs et par décès;

« Que cette loi ne contient aucune disposition particulière « aux biens qui seraient l'objet d'un bail emphytéotique;

« Que la répartition de la taxe entre le propriétaire d'un « immeuble et l'emphytéote, en supposant qu'il fût possible « de la faire, ne pourrait être réglée, à défaut de convention « amiable entre eux que par l'autorité judiciaire;

« Qu'il suit de là que notre ministre des finances est fondé « à nous demander d'annuler l'arrêté par lequel le conseil de « préfecture de la Seine-Inférieure a décidé, etc. :

« Art. 1er. L'arrêté... est annulé.

« Art. 2. La communauté religieuse, dite d'Ernemont, sera « rétablie à la taxe représentative des droits de mutation « pour l'année 1867 sur le rôle de la ville de Rouen, à raison « de la valeur totale de son immeuble ci-dessus spécifié. »

La contradiction qui existe entre ces arrêts et ceux qui ont été rendus pour le cas d'usufruit ne peut guère, ce me semble, s'expliquer que par les difficultés spéciales auxquelles donnerait lieu l'évaluation de la réduction à accorder au propriétaire de l'immeuble emphytéosé. Ces difficultés s'accroîtraient encore dans les circonstances où le caractère du bail emphytéotique ne serait pas aussi certain qu'il l'était dans les espèces ci-dessus rapportées, c'est-à-dire dans des espèces où le bail était fait pour quatre-vingt-dix-neuf ans. On sait, en effet, que notre législation moderne n'a ni prévu ni défini l'emphytéose, qu'en conséquence les limites supérieures ou inférieures de sa durée ne sont pas légalement déterminées, et que l'on est quelquefois assez embarrassé pour reconnaître si tel contrat constitue ou ne constitue pas un bail emphytéotique. La jurisprudence du Conseil d'État évite assurément ces inconvénients ; mais elle les évite au prix d'une incohérence, et, ce qui est plus grave, en faisant peser une regrettable injustice sur des établissements dignes d'intérêt.

Digitized by Google

SECTION IV.

FORMES DE L'ÉTABLISSEMENT DE LA TAXE; RÉCLAMATIONS.

27. L'article 2 de la loi du 20 février 1849 est ainsi conçu :

« Les formes prescrites pour l'assiette et le recouvrement « de la contribution foncière seront suivies pour l'établis- « sement et la perception de la nouvelle taxe.

« Les §§ 5 et suivants de la circulaire du 10 mars 1849 « contiennent à cet égard les instructions suivantes :

« § 5. Pour 1849, les contrôleurs dresseront les relevés des « biens de mainmorte, etc.

« § 6. Pour les années suivantes, les contrôleurs, au mo- « ment du travail ordinaire des mutations, s'informeront « s'il n'est survenu aucun changement dans la consistance « des biens de mainmorte, par suite de donations, acquisi- « tions, aliénations, échanges, etc., ou si les relevés ne sont « pas susceptibles d'être modifiés pour erreur ou omission. « Ils rectifieront ou compléteront le double des relevés restés « entre leurs mains et fourniront au directeur, dans la forme « du modèle, les indications nécessaires pour mettre au cou- « rant les relevés de la direction. Lorsqu'il n'y aura pas de « changements à opérer, les contrôleurs en donneront avis « au directeur en transmettant le travail des mutations.

« § 7. Si, après la transmission des relevés au directeur, « les contrôleurs découvraient des biens de mainmorte qui « eussent été omis, ils en formeraient un relevé supplémen- « taire. — Les biens qui, dans le cours de l'année, devien- « dront passibles de la taxe représentative des droits de mu- « tation, ne seront imposés à cette taxe qu'à partir du « 1er janvier de l'année suivante.

« § 8. Le directeur s'assurera de l'exactitude des relevés « fournis par les contrôleurs, et rédigera les matrices, les « rôles et les avertissements...

« § 9. Les rôles seront homologués par le préfet, transmis « aux agents de la perception, publiés et recouvrés comme « ceux des contributions directes.

« § 11. Les demandes en décharge et réduction seront « présentées, instruites et jugées dans les formes et délais

Digitized by Google

« prescrits pour la contribution foncière. — Les directeurs « adresseront à l'administration centrale l'état des décharges « et réductions prononcées, etc. »

Je ne puis, au surplus, sur cette matière, que renvoyer aux règles consacrées par les lois et par la jurisprudence concernant l'assiette et le recouvrement de la contribution foncière, ainsi que le jugement des réclamations. Je me contenterai de recueillir et de citer ici les arrêts du Conseil d'État qui ont eu à faire l'application de ces règles.

28. C'est ainsi, par exemple, qu'il a été jugé, conformément à un principe général en matière de contributions directes[1], que la taxe dûment établie au commencement de l'année est due pour l'année entière, et que la vente des immeubles dans le cours de cette même année ne peut donner lieu à décharge ou réduction proportionnelle. Cet arrêt, en date du 13 avril 1853 (*Consistoire de l'Église réformée de Nîmes*), est ainsi conçu :

« Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la loi du « 20 février 1849, les règles prescrites pour l'assiette et le « recouvrement de la contribution foncière sont applicables « à la taxe des biens de mainmorte; que la contribution fon- « cière est établie au commencement de l'année pour l'an- « née entière; qu'il résulte de l'instruction qu'il n'est pas « contesté qu'à la date du 1er janvier 1852, le consistoire de « l'Église réformée de Nîmes était propriétaire de la maison « vendue par lui le 17 mai suivant, et sur laquelle il a été im- « posé, pour ladite année, à la contribution des biens de main- « morte; que dès lors c'est à tort que le conseil de préfec- « ture du Gard lui a accordé décharge des huit douzièmes « de ladite contribution.

« Art. 1er. L'arrêté du conseil de préfecture... est an- « nulé. — Art. 2. Le consistoire de l'Église réformée de « Nîmes sera rétabli au rôle de ladite ville, etc. »

[1] Ce principe n'est écrit d'une manière formelle que dans l'article 21 de la loi du 21 avril 1832 pour la contribution personnelle et mobilière et dans l'article 23 de la loi du 25 avril 1844 pour les patentes. Mais il dérive de la nature même des choses pour toutes les contributions directes : car l'impôt direct, s'il est bien établi, est dû en totalité au commencement de l'année; l'acquittement par douzièmes n'est qu'une faculté accordée aux contribuables.

Digitized by Google

C'est par une conséquence inverse de ce même principe que la circulaire ci-dessus citée du 10 mars 1849, § 7, a décidé que les biens qui, dans le cours de l'année, deviendraient passibles de la taxe de mainmorte, ne seraient imposés qu'à partir du 1er janvier de l'année suivante.

29. De même, la vacance momentanée d'une maison, le chômage d'une usine, etc., ne seraient pas une cause de décharge ou de réduction de la taxe de mainmorte. Ainsi l'a jugé le Conseil d'État, par un arrêt du 12 décembre 1851 (*Société de la Vieille-Montagne*) :

« Considérant que la loi du 20 février 1849 a établi sur « les immeubles passibles de la contribution foncière et ap- « partenant aux sociétés anonymes une taxe annuelle repré- « sentative des droits de transmission entre-vifs et par décès, « que cette loi n'a établi aucune exception ni en faveur des « immeubles que les sociétés anonymes auraient l'intention « d'aliéner[1], ni en faveur des usines appartenant aux mêmes « sociétés, et qui, par suite de chômage, se trouveraient « momentanément non productives de revenus;

« Considérant qu'il n'est pas contesté que la totalité des « immeubles à raison desquels la société anonyme dite de la « Vieille-Montagne avait été imposée, en 1849, à la taxe pré- « citée dans la commune de Valcanville, sont passibles de « la contribution foncière, et qu'ils appartenaient à cette « société; qu'en admettant que ceux de ces immeubles à « raison desquels le conseil de préfecture de la Manche a « accordé à ladite société une réduction de 176 fr. 23 c., « soient destinés à être vendus, et qu'ils aient été, en 1849, « non productifs de revenus, ils n'en sont pas moins com- « pris dans la catégorie de ceux auxquels s'applique la loi « susvisée; qu'ainsi c'est à tort que le conseil de préfecture « a accordé à la société anonyme dite de la Vieille-Mon- « tagne une réduction de 176 fr. 23 c. sur la taxe des biens « de mainmorte à laquelle elle avait été imposée au rôle de « la commune de Valcanville.

« Art. 1er. L'arrêté du conseil de préfecture de la Man- « che.... est annulé. — Art. 2. La société anonyme dite

[1] Ce motif de la décision répond au moyen de réclamation que la société tirait de ce qu'elle pouvait aliéner ses immeubles. Voir le n° 14, *suprà*.

Digitized by Google

« de la Vieille-Montagne sera rétablie, pour 1849, au « rôle, etc. »

Cette solution pouvait néanmoins, à première vue, faire quelque difficulté. En effet, lorsqu'il s'agit de la contribution foncière, le chômage et les autres situations analogues ne peuvent, il est vrai, fonder une réclamation en décharge ou réduction, à titre de droit, par la voie contentieuse; mais ces circonstances permettent de former, par la voie gracieuse, c'est-à-dire devant le préfet, une demande en remise ou modération. En matière d'impôt de mainmorte, l'administration n'admet pas qu'il y ait lieu à remise ou modération. M. le ministre des finances, dans l'affaire qui vient d'être rapportée, a soutenu cette doctrine dans les termes suivants :

« La décision du conseil de préfecture me paraît contraire « aux principes : 1° ...; 2° parce que la taxe représentative de « droits qui se perçoivent sur la valeur capitale des immeubles « et non sur leur produit ou revenu annuel exclut toute « application du principe des remises et modérations dont « la contribution foncière est susceptible, ce qui a, d'ailleurs, « été établi au moment de la discussion de la loi par le rejet « d'un amendement de deux membres de l'assemblée législative (MM. Besnard et Thomine-Desmazures), qui avaient « proposé la création d'un fonds destiné à accorder des remises ou modérations; 3° parce que, s'il y avait eu lieu « d'accorder un dégrèvement de l'impôt, c'eût été au préfet « qu'il appartenait de le prononcer. »

MM. Besnard et Thomine-Desmazures avaient, en effet, proposé, à la séance du 20 février 1849, un article additionnel ainsi conçu :

« Pourront toutefois réclamer le dégrèvement de cet « impôt les établissements affectés à des services publics, « tant qu'ils ne pourront satisfaire aux exigences de ce service « qu'à l'aide de subventions fournies par l'État, les départements et les communes. A cet effet, un fonds de dégrèvement et de non-valeurs, égal au vingtième de l'impôt « résultant de la présente loi, sera inscrit au budget pour « faire face à l'exécution de cet article, et aux cas de remises, « libérations, décharges et réductions déterminées par les « lois en matière de contributions directes. »

La lecture de cet amendement fut interrompue par cette

Digitized by Google

exclamation : *C'est jugé* ! on crut y reconnaître l'intention de revenir sur la question, déjà débattue deux fois, de l'exemption réclamée pour les hospices et les établissements de bienfaisance, et la proposition fut écartée sans discussion. Au fond, cependant, elle aurait pu se justifier par de bonnes raisons. En effet, les faits de chômage, d'accidents, d'intempéries, de pertes de revenus, qui donnent lieu à remise ou modération en matière d'impôt foncier, peuvent être les mêmes et sembleraient devoir produire le même effet en matière de taxe de mainmorte, et, quand on dit que cette dernière taxe constitue un prélèvement, non pas sur le revenu, mais sur la valeur capitale de la chose, on confond mal à propos deux choses distinctes : on oublie que, si elle a été établie pour remplacer le droit de mutation, elle n'a pas pour cela le même caractère ; elle l'a si peu qu'elle est une contribution directe et annuelle, tandis que ce droit est une contribution indirecte et accidentelle; autant vaudrait dire que si, comme le projet en a été plusieurs fois agité, l'impôt sur les boissons ou l'octroi eût été remplacé par un impôt direct sur le revenu, celui-ci eût pris la nature de celui-là.

Quoi qu'il en soit, le rejet de l'amendement de MM. Besnard et Thomine-Desmazures a fourni à l'administration un motif plausible pour ne pas créer ou ne pas demander au pouvoir législatif le moyen de créer un fonds de non-valeurs destiné à accorder des remises et modérations sur la taxe des biens de mainmorte; le crédit porté au budget sous ce titre est uniquement affecté à subvenir aux dégrèvements prononcés à titre de droit, par voie de décharge ou de réduction.

Le Conseil d'État ne pouvait guère avoir et n'a pas eu l'occasion de sanctionner explicitement cette doctrine; il s'est borné à décider, par application de règles bien constantes en matière de contributions directes, que, s'il y avait lieu à remises ou modérations, ce ne serait ni aux conseils de préfecture ni à lui-même qu'il appartiendrait de les accorder, mais seulement aux préfets, sauf recours au ministre des finances, et il a également jugé que les décisions de ce ministre sur de telles questions n'étaient pas susceptibles de pourvoi par la voie contentieuse.

Digitized by Google

On lit par exemple dans un arrêt du 17 juin 1852 (*Actionnaires des moulins d'Albarèdes*).

« Considérant que la réclamation des actionnaires des « moulins d'Albarèdes, de Sapiac et de Sapiacou, n'était « qu'une demande en remise ou modération de la taxe de « mainmorte à eux imposée;

Considérant qu'aux termes de l'article 28 de l'arrêté du « 24 floréal an VIII, c'est au préfet qu'il appartient de con- « naître des demandes en remise ou modération de contribu- « tion; qu'en conséquence, le conseil de préfecture de « Tarn-et-Garonne a excédé ses pouvoirs en accordant une « remise de 319 fr. 60 c. sur la taxe de mainmorte afférente « aux moulins d'Albarèdes.

« Art. 1er. L'arrêté du conseil de préfecture... est an- « nulé, etc. [1]. »

Un autre arrêt, du 13 avril 1853 (*Izernes*), a statué en ces termes sur un pourvoi contre une décision du ministre des finances, qui avait refusé d'admettre un état de cotes irrecouvrables, comprenant la taxe de mainmorte imposée aux propriétaires des moulins de Moinac :

« En ce qui touche le recours contre la décision de notre « ministre des finances;

« Considérant que les décisions prises par les préfets et « notre ministre des finances, pour la distribution des fonds « de non-valeurs, sont, aux termes de l'arrêté du gouver- « nement, en date du 24 floréal an VIII, des actes adminis- « tratifs qui ne sont pas susceptibles de nous être déférés en « notre Conseil d'État par la voie contentieuse.

« Art. 1er. La requête... est rejetée, etc. »

Au surplus, il est évident que l'impossibilité dans laquelle l'administration se trouve de venir, dans ce cas, en aide aux contribuables par la voie gracieuse des remises ou modérations, ne peut avoir pour effet d'autoriser la jurisprudence à créer des causes de décharge ou de réduction non admises par les lois de la matière. La solution consacrée par l'arrêt ci-dessus cité, du 12 décembre 1851, peut donc bien être rigoureuse en présence de cet état de choses; elle était inat-

[1] Voir aussi dans le même sens 18 janvier 1860 (*hospices de Rouen*).

Digitized by Google

taquable en droit, et elle a été ultérieurement confirmée par un arrêt du 21 août 1868, ainsi conçu :

« Vu la requête du préfet de la Seine représentant le « département tendant à ce qu'il nous plaise annuler un « arrêté, du 15 novembre 1867, par lequel le conseil de « préfecture de la Seine a rejeté sa demande en décharge de « la taxe des biens de mainmorte à laquelle ledit département « a été imposé pour 1867, à raison du château et du parc de « la Ville-Évrard, sur le rôle de la commune de Neuilly-sur- « Marne; ce faisant, attendu qu'un décret impérial du 3 oc- « tobre 1863 a déclaré d'utilité publique la création, sur le « domaine de la Ville-Évrard, d'un asile pour les aliénés du « département de la Seine; attendu que dès ce jour la pro- « priété tout entière a dû être considérée comme affectée à « un service public, accorde décharge de la taxe entière ou « au moins de la taxe afférente à la partie du château et du « parc qui est inoccupée et improductive de revenu;

« Considérant que, d'après l'article 1er de la loi du 20 « février 1849, la taxe représentative des droits de trans- « mission entre-vifs et par décès est établie sur tous les im- « meubles appartenant aux départements et passibles de la « contribution foncière;

« Considérant que le parc et le château de la Ville-Évrard, « appartenant au département de la Seine, ont été imposés « pour l'année 1867, à la contribution foncière : que si le « département a obtenu, à raison de l'inoccupation de cet « immeuble, une remise partielle de ladite contribution, « cette remise à été accordée par un arrêté du préfet sta- « tuant par voie gracieuse :

« Considérant que, dans ces circonstances, la contribution « foncière pour l'année 1867 sur le parc et le château de la « Ville-Évrard doit être considérée comme régulièrement « assise : et que par suite le département de la Seine n'est « pas fondé, etc.

30. Enfin, par application de principes communs à toutes les contributions directes, il a été jugé :

1° Que la réclamation, si elle n'est pas introduite par le ministère d'un avocat, au Conseil d'État, doit être formée par le contribuable lui-même ou par un fondé de pouvoir muni d'une procuration expresse; qu'ainsi le fermier est

Digitized by Google

sans qualité pour réclamer, à ce titre, au nom du propriétaire (26 avril 1851, *Lachaud*); que la supérieure d'une communauté religieuse est sans qualité pour demander, au nom d'une personne faisant partie de cette communauté, la décharge de la taxe établie sur une maison appartenant à cette personne individuellement (3 *mai* 1851, *demoiselle Justine*) (15 *avril* 1852, *sœurs de Saint-Joseph*), etc. ;

2° Que toute demande en décharge ou réduction de la taxe de mainmorte doit, à peine de déchéance, être formée dans les trois mois de la publication du rôle de cette taxe (22 mars 1851, *compagnie du canal du Midi;* 13 avril 1853, *Izernes;* 24 décembre 1862, *compagnie la Providence*). Il n'est pas inutile de citer le dernier de ces arrêts, intervenu dans des circonstances spéciales :

« Vu la requête présentée par la compagnie anonyme *la* « *Providence*, tendant à ce qu'il nous plaise annuler un arrêté... « par lequel le conseil de préfecture du Nord a rejeté, comme « présenté trois mois après la publication du rôle, sa de- « mande en décharge de la taxe des biens de mainmorte à « laquelle elle a été assujettie pour l'année 1861 sur le rôle « de la commune d'Hautmont, à raison des usines qu'elle « possède dans ladite commune, ce faisant : 1° attendu que « la réclamation de ladite compagnie devant le conseil de « préfecture a été formée dans les trois mois qui ont suivi la « notification qui lui avait été faite de l'arrêté du conseil de « préfecture qui lui accordait une réduction de la contribu- « tion *foncière* à laquelle elle avait été imposée sur le rôle « de la commune d'Hautmont pour l'année 1861, et propor- « tionnellement à laquelle doit être établie la taxe *des biens* « *de mainmorte*, déclarer que ladite réclamation était rece- « vable; 2° au fond, ordonner que l'imposition de la compa- « gnie à la taxe des biens de mainmorte sera établie propor- « tionnellement au chiffre de 2,938 fr. 61, auquel a été « réduite la contribution foncière imposée à ladite compa- « gnie, etc.

« Vu la loi du 21 avril 1832, article 28; vu la loi du 4 août « 1844, art. 8; vu la loi du 20 février 1849, art. 2;

« Considérant que la taxe des biens de mainmorte est dis- « tincte de la contribution foncière; que, dès lors, la de- « mande en réduction de la contribution foncière, formée

Digitized by Google

« par la compagnie anonyme *la Providence* ne pouvait la dis-
« penser de présenter sa réclamation relative à la taxe des
« biens de mainmorte dans le délai de trois mois à partir de
« la publication du rôle, etc. »

Mais le particulier qui a acheté un immeuble appartenant à un établissement de mainmorte est recevable à demander la décharge de la taxe qui avait été imposée sur cet immeuble avant son acquisition, et sa demande doit être accueillie si la mutation a précédé le commencement de l'année à laquelle s'applique la cote contestée. L'arrêt qui a consacré cette solution (31 janvier 1856) est ainsi conçu :

« Vu la requête du sieur Guérin tendant à ce qu'il nous plaise
« annuler un arrêté... par lequel le conseil de préfecture de
« la Meurthe a rejeté, pour défaut de qualité, sa demande en
« décharge de la taxe représentative des droits de transmis-
« sion entre-vifs et par décès à laquelle l'hospice de Saint-
« Nicolas de Metz a été assujetti pour l'année 1855 sur le
« rôle de la commune de Baudrecourt, à raison d'un corps
« de ferme dont ledit sieur Guérin était devenu propriétaire
« en vertu d'un acte de vente du 26 septembre 1854; ce fai-
« sant : 1° déclarer que le requérant était recevable dans sa
« réclamation, attendu qu'il avait qualité pour faire recon-
« naître qu'avant le 1er janvier 1855 il était devenu propriété-
« taire de l'immeuble dont il s'agit; que, par suite, cet im-
« meuble était affranchi de la contribution établie en vertu
« de la loi du 20 février 1849, et qu'il ne pouvait être tenu
« au payement de cette contribution par application de la
« loi du 12 novembre 1808 [1]; 2° accorder décharge de la con-
« tribution qui fait l'objet de la réclamation;

« Vu l'arrêté attaqué, par lequel le conseil de préfecture
« a décidé que la taxe ayant été inscrite au nom de l'hospice,
« et le sieur Guérin ne pouvant être tenu, bien que devenu
« propriétaire de l'immeuble sur lequel cette taxe est assise,

[1] Cette loi est relative au privilége du Trésor pour le recouvrement des contributions directes, et son article 2 oblige tous fermiers, locataires... et autres dépositaires ou débiteurs de deniers provenant du chef des redevables, et affectés à ce privilége, à payer en l'acquit des redevables, et sur le montant des fonds qu'ils doivent ou qui sont entre leurs mains, jusqu'à concurrence de tout ou partie des contributions dues par ces derniers.

Digitized by Google

« au payement de l'impôt, ledit sieur Guérin était sans qua-
« lité pour réclamer le dégrèvement;

« Vu, etc.

« Sur la question de savoir si la réclamation du sieur
« Guérin est recevable,

« Considérant qu'en vertu des articles 5 et 6 de la loi du
« 2 messidor an VII, lorsqu'une propriété a été cotisée sous
« un autre nom que celui du propriétaire, la mutation de
« cote doit être prononcée par le conseil de préfecture [1] sur
« la réclamation, soit du propriétaire, soit de celui sous le
« nom duquel la propriété aura été mal à propos cotisée;

« Considérant que, d'après l'article 2 de la loi du 20 février
« 1849, les formes prescrites par l'assiette et le recouvrement
« de la contribution foncière doivent être suivies pour l'éta-
« blissement et la perception de la taxe représentative des
« droits de transmission entre-vifs et par décès;

« Considérant que, postérieurement au travail des muta-
« tions pour la confection des rôles de l'année 1855 et, en
« vertu d'un acte de vente à la date du 26 septembre 1854,
« le sieur Guérin ayant acquis de l'hospice de Saint-Nicolas
« de Metz un corps de ferme situé dans la commune de
« Baudrecourt et cet immeuble ayant été imposé à la con-
« tribution foncière et à la taxe représentative des droits de
« mutation sur les rôles de ladite commune pour l'année
« 1855, ledit sieur Guérin était recevable, aux termes des
« lois ci-dessus visées, à réclamer devant le conseil de pré-
« fecture pour faire reconnaître qu'il était devenu proprié-
« taire de l'immeuble dont il s'agit avant le 1er janvier 1855,
« et pour faire prononcer, par suite, la mutation de la cote
« foncière et la décharge de la taxe représentative des droits
« de mutation qui se trouvaient portés sur les rôles de
« l'année 1855 au nom de l'hospice de Saint-Nicolas; qu'en
« conséquence, c'est à tort que le conseil de préfecture a
« rejeté la demande du sieur Guérin pour défaut de qualité;

[1] La loi de l'an VII ne donnait pas cette attribution aux conseils de préfecture qui n'existaient pas alors, mais bien aux administrations centrales de départements. La loi du 28 pluviôse an VIII ayant créé à la fois les préfets et les conseils de préfecture, ceux-ci ont succédé, pour le contentieux, aux administrations centrales; leur juridiction à cet égard, notamment en matière de contributions directes, a été établie par l'article 4 de cette loi.

Digitized by Google

« Au fond,

« Considérant qu'il résulte de l'instruction, qu'avant le « 1er janvier 1855, le sieur Guérin avait acquis de l'hospice « de Saint-Nicolas de Metz un corps de ferme sur lequel la « taxe représentative des droits de mutation a été établie « pour l'année 1855; que, par suite de l'acquisition du sieur « Guérin, l'immeuble dont il s'agit n'était pas imposable à « cette taxe;

« Art. 1er. L'arrêté... est annulé,

« Art. 2. Il est accordé au sieur Guérin décharge, etc. »

SECTION V.

OBLIGATIONS RESPECTIVES DU PROPRIÉTAIRE ET DU FERMIER.

31. Aux termes de l'article 3 de la loi du 20 février 1849, *la taxe annuelle établie par cette loi sera à la charge du propriétaire seul pendant la durée des baux actuels, nonobstant toutes stipulations contraires.*

Cette disposition a été empruntée au 2e paragraphe du décret du 16 mars 1848 sur la contribution des 45 centimes. Elle a été proposée lors de la seconde lecture du projet de loi (9 février 1849), par M. Tassel et acceptée sans discussion.

Du reste, elle ne s'applique et elle ne pouvait s'appliquer qu'aux baux *actuels*, c'est-à-dire à ceux qui étaient en cours d'exécution lors de la promulgation de la loi. Toute tentative de l'appliquer aux baux futurs eût été déjouée par les conventions que le propriétaire et le fermier n'auraient pas manqué de faire, en vue et en compensation d'une telle mesure, sur le prix ou les conditions du bail.

Quant à ceux de ces baux qui, passés depuis la loi de 1849, auraient omis ou omettraient de s'expliquer, on retomberait naturellement sous l'empire de la règle établie, en matière de contribution foncière, par la loi du 3 frimaire an VII, aux termes de laquelle cette contribution est due au fisc par le propriétaire, sans préjudice de l'obligation imposée à tous fermiers ou locataires de la payer en l'acquit du propriétaire et sauf l'effet que pourraient produire, entre les parties, les stipulations qu'elles auraient faites sur ce point.

REVERCHON.

Digitized by Google

LETTRE DE M. CHARLES LUCAS,

membre de l'Institut,

à M. le docteur Wines,

président de la commission internationale pénitentiaire [1].

SUR L'UTILITÉ DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES ET NOTAMMENT DES RAPPORTS RELATIFS AUX QUESTIONS SOUMISES AUX DÉLIBÉRATIONS DU CONGRÈS DE STOCKHOLM.

Monsieur le Président,

J'ai l'honneur de vous prier de vouloir bien agréer et faire agréer aux honorables et savants membres du Congrès pénitentiaire international de Stockholm mes excuses et mes regrets de ne pouvoir me rendre à votre gracieuse invitation qui m'appelait avec une si bienveillante insistance à prendre part à leurs utiles et importants travaux. C'est une grande privation que m'impose mon âge et surtout mon état de cécité, car je sens combien j'aurais puisé de précieuses indications dans les entretiens d'hommes aussi autorisés et aussi expérimentés.

En lisant dans le *Bulletin de la société générale des prisons* la désignation des délégués du conseil supérieur des prisons, des ministères de l'intérieur, de la justice, de la marine et de cette société des prisons, elle-même, dont les noms appartiennent à des hommes du mérite le plus distingué, je ne puis que me réjouir de voir la France si dignement représentée au prochain Congrès de Stockholm.

Vous m'avez prié de m'associer, quoique de loin, aux travaux du Congrès par l'envoi au moins d'une communication écrite. J'ai pensé que ce qui convenait le mieux, c'était de la faire porter sur l'utilité des travaux préparatoires du Congrès

[1] Le célèbre Congrès pénitentiaire de Londres nomma en 1872, avant de se séparer, une commission internationale pénitentiaire chargée de rédiger le règlement du Congrès suivant, d'en tracer le programme, d'en désigner l'époque et de choisir le lieu où il devait se tenir. Cette commission s'est réunie à Bruchstal en 1875, à Bruxelles en 1877, et récemment enfin le 1er juin 1878 à Paris, où M. le ministre de l'intérieur a présidé lui-même la séance d'installation dans un salon de son ministère qu'il avait mis à la disposition de la commission. N. R.

Digitized by Google

et notamment des rapports relatifs aux questions du programme soumises à ses délibérations. Tel est l'objet de cette lettre et des développements qu'elle contient.

Mais avant d'entrer dans ces développements, permettez-moi de vous parler un moment d'un autre et modeste envoi dans lequel je désirerais que le Congrès pût voir un témoignage de mes chaleureuses sympathies et de mon respectueux dévouement.

I

La science de la répression pénitentiaire, qui n'est pour ainsi dire née que d'hier, convie tous ceux que son avenir intéresse à travailler à son développement progressif. Je n'y suis pas resté indifférent. Depuis bien des années, je me suis efforcé, par des publications et surtout par des communications successives à l'Institut de France, non-seulement de constater et de suivre le développement progressif de la réforme pénitentiaire, mais encore d'y concourir dans la faible mesure de mes forces.

Je regrette que le temps ne m'ait pas encore permis de recueillir l'ensemble de ces publications, car je me serais empressé d'en soumettre le recueil complet au Congrès avec une respectueuse déférence pour ses appréciations et ses lumières. Il m'a été du moins possible de remplir ce devoir de déférence en collectionnant pour ces dernières années mes publications successives sur la réforme pénitentiaire que j'ai réunies en un volume improvisé, pour lequel je n'ai pas moins à invoquer l'indulgence du Congrès sur la forme que sur le fond. C'est à mon savant confrère, M. d'Olivecrona, correspondant en Suède de l'Institut de France pour les sciences morales et politiques, que le sentiment des convenances me commandait de m'adresser pour le prier de vouloir bien faire hommage en mon nom de ce volume au Congrès pénitentiaire de Stockholm.

Ce recueil est bien restreint, il est vrai, puisqu'il se borne aux six années écoulées de 1872 à 1878; mais ces six années sont remarquables. Elles commencent par les dates mémorables de l'ouverture de l'enquête parlementaire en France sur le régime pénitentiaire, dont M. le vicomte d'Haussonville a été

Digitized by Google

à la fois l'heureux promoteur et l'éloquent rapporteur, et par le célèbre Congrès pénitentiaire de Londres; et elles se terminent par la fondation en France de la société générale des prisons et la prochaine ouverture en Suède du Congrès penitentiaire de Stockholm, occupant ainsi une place importante dans l'histoire de la réforme pénitentiaire. Quant aux années antérieures, on trouve à la fin de ce recueil l'exposé que j'ai présenté en juin 1877 à la séance d'installation de la société générale des prisons que j'avais l'honneur de présider comme doyen de la réforme pénitentiaire, et dans lequel j'ai indiqué le développement progressif de cette réforme en France dans les cinquante dernières années.

Il est encore un grave motif qui a dû m'inspirer la pensée et pour ainsi dire m'imposer l'obligation de suivre et constater le mouvement progressif de la réforme des prisons par des communications successives à l'Institut; car j'ai dû en grande partie l'insigne honneur de lui appartenir en 1836 à la publication, à cette date, des trois volumes de la théorie de l'emprisonnement, dont le principal mérite était celui de la priorité, puisqu'il n'existait encore, à cette époque, aucune théorie sur les principes et les conditions de l'application de la peine de l'emprisonnement. Mais la pensée de remplir cette lacune, inspirée par un vif et sincère dévouement à la réforme des prisons, était une bien lourde responsabilité et une témérité peut-être, alors surtout qu'elle se produisait dans un ordre d'idées dont plusieurs n'étaient pas celles du temps. Quoique soutenu par la conviction de n'avoir écrit que sous l'inspiration de l'observation pratique dont ma situation officielle me permettait de recueillir et utiliser les renseignements, j'avais néanmoins l'esprit troublé de cette lourde responsabilité qui m'incombait; j'éprouvais le besoin d'être rassuré par les lumières des criminalistes, de consulter leurs écrits, de recueillir leurs appréciations. C'est ce que j'ai toujours fait, et le poids de la responsabilité de la théorie de 1836 s'est trouvé singulièrement allégé par tout ce qui s'est produit depuis cette époque dans l'ordre des idées et des faits dont la tendance a été en général de confirmer plutôt que de démentir les principes émis dans cette théorie avec les appréhensions naturellement inspirées par le sentiment de mon insuffisance.

Digitized by Google

C'est ainsi que j'ai éprouvé le besoin de demander à l'étude des travaux préparatoires de ce Congrès un nouvel allégement à cette responsabilité et de nouvelles lumières sur le grave problème de la théorie de l'emprisonnement qui ne se résoudra successivement et définitivement que par l'effort de chacun et le concours de tous.

II

J'arrive maintenant à l'objet principal de cette lettre sur l'utilité des travaux préparatoires et notamment des rapports relatifs aux questions soumises aux délibérations du Congrès.

J'ai déjà présenté à l'Institut, à la séance du 19 mai 1877, pour le Congrès de Stockholm, comme je l'avais fait précédemment pour celui de Londres, un rapport sur les travaux préparatoires qui ne pouvait toutefois concerner que le règlement et le programme du Congrès, puisque les rapports sur les questions soumises à ses délibérations n'étaient pas encore publiés.

Je n'ai pas à reproduire, dans cette lettre, la partie élogieuse de ce rapport, et quant à la partie relative à quelques observations critiques, c'est dans ce rapport même qu'on en trouvera les développements. Il en est deux sur lesquels je me bornerai à rappeler ici l'attention.

L'une est relative à l'influence trop prépondérante que l'on a accordée à l'élément officiel.

J'ai cru devoir renouveler à cet égard mes appréciations à la séance d'installation, à Paris, du 1er juin, de la commission pénitentiaire internationale et les soumettre à ses lumières. Il appartient au Congrès de juger si elles doivent être prises en sérieuse considération.

Une autre observation de ce rapport précité à l'Institut signale dans le cadre des questions soumises aux délibérations du Congrès l'omission de celle relative au maximum normal de population dans les établissements pénitentiaires. Vous aviez accueilli cette observation avec un assentiment empressé qui m'a encouragé à la reproduire dans la lettre que j'ai eu l'honneur de vous adresser le 3 juin, et la commission, en décidant l'insertion de cette lettre dans ses procès-verbaux, y a témoigné ainsi un sympathique accueil. Permettez-moi

Digitized by Google

d'insister sur cette observation, car depuis bien des années je combats l'abus de l'agglomération de la population avec la persévérante conviction, mais jusqu'ici impuissante, qu'il est l'un des plus grands obstacles à la réforme pénitentiaire.

Quant aux rapports sur les questions à soumettre aux délibérations du Congrès, rapports qui, par le mérite de leurs savants auteurs et l'importance des sujets, se recommandent à l'attention sérieuse des criminalistes, ils devaient particulièrement appeler la mienne et m'inspirer un vif intérêt.

Je les ai étudiés avec soin, et je regrette que le cadre de cette lettre ne me permette pas de les mentionner tous et d'indiquer le profit que j'ai retiré de chacun. Plusieurs d'ailleurs sont des travaux considérables qui ne se prêtent guère à l'analyse, tels que celui de M. Yvernès, sur la première question de la deuxième section concernant la formule qu'il convient d'adopter pour la statistique pénitentiaire internationale; celui de M. Pols, sur la libération conditionnelle; ceux de MM. Richard Vaux et Stevens sur le régime cellulaire, celui de Miss Carpenter sur les principes organiques des établisssements de jeunes détenus, celui de M. le pasteur Robin sur le patronage des libérés adultes, celui du docteur Guillaume sur les moyens d'obtenir une communauté d'action des polices des différents États, celui de M. Wahlberg, sur le meilleur moyen de combattre la récidive.

Je crois toutefois devoir signaler un mot bien impropre qui s'introduit dans le vocabulaire des criminalistes pour désigner la théorie de l'emprisonnement, et que j'ai eu le tort de leur emprunter quelquefois moi-même, par abréviation, c'est celui de science pénitentiaire. La théorie de l'emprisonnement, comme j'en ai indiqué la définition, aujourd'hui généralement adoptée, repose sur l'étroite et intelligente alliance des deux principes de l'intimidation et de l'amendement; et c'est pour cela que l'école qui professe cettet héorie s'appelle celle de la *répression pénitentiaire*. Or, le mot science pénitentiaire fausse le sens et le but de la théorie de l'emprisonnement en lui donnant l'amendement pour principe unique. Ce principe unique aspire, il est vrai, à faire école, ainsi qu'il l'a montré au Congrès de Cincinnati. Mais M. Stevens a parfaitement indiqué dans son rapport les conséquences inadmissibles auxquelles il aboutit.

Digitized by Google

Le but scientifique qu'il s'agit donc d'atteindre, c'est celui de constituer la théorie de la répression pénitentiaire, et on n'y arrivera, comme je l'ai déjà dit, que par l'effort de chacun et le travail commun de tous. Or, ce qu'il importe de rechercher dans les écrits des criminalistes et des praticiens, c'est la tendance au rapprochement et même à la communauté des opinions sur différents points dont le nombre s'accroît progressivement. A ce point de vue général l'ensemble des rapports sur les questions à l'étude présente un heureux symptôme.

Le remarquable rapport de M. Thonissen en est un exemple auquel je dois attacher un intérêt particulier, puisqu'il s'agit de la confirmation de l'un des principes fondamentaux que j'ai développés dans la *Théorie de l'emprisonnement*, c'est-à-dire du principe unique de la durée, graduée de manière à répondre par ses divers degrés aux besoins de la justice répressive et pénitentiaire, dans ses appréciations de la gravité de l'acte et de l'intentionalité de l'agent. Ce principe, ainsi que le constate M. Thonissen, est aujourd'hui généralement adopté par les criminalistes.

Il n'en est pas ainsi du système de la transportation pénale que j'ai depuis longtemps combattu avec une persévérante conviction. Quoiqu'il perde de jour en jour des partisans, il en conserve encore un nombre fort respectable, que le rapport du savant baron d'Holtzendorff ne viendra pas accroître ; car ses conclusions ne sont pas de nature à accréditer ce système.

Je n'ai rien dit encore de l'excellent rapport de M. Almquist, directeur général des prisons de Suède, sur la question IV de la première section, ainsi conçue : « Quelle doit « être la compétence d'une inspection générale des pri- « sons ? » Pour tous ceux — et nous sommes de ce nombre — qui pensent que la direction générale des prisons et l'inspection générale sont deux fonctions bien distinctes, la question ainsi posée est spéciale à la compétence de l'inspection générale. Mais comme en Suède les deux fonctions sont réunies dans la même main, M. Almquist a traité la question à ce point de vue qui était celui de son pays.

Je regrette d'avoir omis dans mon rapport à l'Institut sur les travaux préparatoires du Congrès de Stockholm, de signaler

Digitized by Google

en Suède l'existence d'une excellente institution dont mon éminent confrère et vénérable ami, M. le président Bérenger, avait bien souvent avec moi conseillé la réalisation : c'est la constitution, pour l'ensemble de tous les établissements pénitentiaires, d'une administration distincte et séparée avec une direction indépendante et un budget spécial. Je n'aurais certes pas commis cette omission, si j'avais eu sous les yeux le rapport de M. Almquist, qui explique parfaitement l'organisme de la direction générale des prisons de Suède. « Cette « administration, dit-il, constitue une autorité indépendante « qui ne relève que du roi, et dont l'activité a ses limites « déterminées par la loi. Elle n'obéit à d'autres instruc- « tions que celles résultant de résolutions prises par le roi en « conseil, sur le rapport du ministre de la justice et les autres « ministres entendus.

« Les avis ou projets de l'administration générale sont « remis au ministre de la justice, pour être par lui rapportés « devant le roi en conseil. Cependant il n'est pas défendu au « directeur général de communiquer directement avec le « chef de l'État. »

M. Almquist recommande par des considérations fort judicieuses et avec l'autorité de son expérience ce système organique de la direction générale des prisons, dont le précédent mérite la sérieuse attention des pays étrangers qui, sans s'astreindre à une imitation absolue, ont beaucoup à lui emprunter.

Le livre qui doit contenir tous les rapports sur les questions du programme ne m'étant pas encore parvenu, il est deux de ces rapports dont je n'ai pu, à mon grand regret, trouver l'insertion dans l'excellente *Revue de la discipline des prisons*, publiée à Rome sous l'intelligente direction de M. l'inspecteur général Beltrani-Scalia :

L'un est celui relatif à la création d'écoles normales pour préparer à leur mission les surveillants et les surveillantes des prisons, par M. Beltrani-Scalia lui-même, sujet qu'il a dû traiter avec l'autorité de son talent et de son expérience;

L'autre, de M. Bournat, concernant le régime des établissements affectés aux jeunes délinquants, devait naturellement exciter tout mon intérêt; car le nom de M. Bournat, qui consacre un dévouement si méritoire et si persévérant à

Digitized by Google

l'œuvre du patronage des jeunes libérés de la Seine, est une garantie d'observations instructives et d'utiles indications.

III

Le premier besoin de la réforme des prisons, c'était celui de tracer son cadre normal. Son histoire présente sous ce rapport, des deux côtés de l'Atlantique, des retards et des anomalies bien regrettables; enfin la pratique, trop longtemps sourde aux principes de la théorie, semble entrer aujourd'hui dans la bonne voie, à l'égard surtout de la sollicitude que réclament les institutions répressives et pénitentiaires à consacrer aux jeunes délinquants. A l'exemple de la France, qui répondit par un admirable élan de charité publique et privée à l'appel du célèbre et vénéré fondateur de Mettray, la Suède, obéissant à ses instincts généreux, a fondé près de Stockholm, sous le nom de colonie de Hall, un Mettray suédois qui se recommande à l'attention du Congrès et à ses meilleures sympathies.

Mais il ne faut pas croire que parce qu'une colonie affectée aux jeunes délinquants s'est fondée en grande partie avec les dons de la charité publique et privée, elle puisse changer de nature et tomber dans la classe des établissements charitables. Les jeunes délinquants, qu'ils aient agi avec ou sans discernement, appartiennent à la répression pénitentiaire, bien qu'il doive y avoir certaines modifications à apporter au régime disciplinaire applicable à ces deux catégories de jeunes détenus et qu'il convienne de leur affecter en conséquence des quartiers séparés, soit même des établissements distincts sous le nom de maisons d'éducation correctionnelle et de maisons de réforme, ainsi que l'a proposé, au nom de la commission française d'enquête pénitentiaire, M. Félix Voisin, dans son remarquable rapport sur l'éducation pénitentiaire des jeunes détenus.

On ne saurait trop louer l'excellent esprit dont s'est inspiré le programme du Congrès de Stockholm, lorsqu'à la section relative aux institutions de la répression pénitentiaire, il a ajouté celle des institutions préventives; parce qu'il ne faut pas seulement s'occuper de la régénération de l'enfant devenu

Digitized by Google

délinquant, mais encore et surtout de l'assistance prévoyante et charitable qui peut l'empêcher de le devenir. Dans mes communications successives à l'Institut, j'ai insisté avec persévérance sur la coexistence nécessaire de maisons de refuge pour recueillir l'enfant abandonné et orphelin, afin de le préserver du délit, et de maisons ou colonies de répression pénitentiaire pour ramener au bien le jeune délinquant. Mais j'ai insisté en même temps sur cette vérité, qui pour moi devrait être un axiome, à savoir que ces deux sortes d'établissements, appelés à se compléter l'un par l'autre, ne doivent jamais se confondre; parce que l'ordre moral et social indique la ligne de démarcation qui commande de les séparer. Il y a malheureusement en ce moment une tendance trop générale à méconnaître cette vérité, en imposant à l'enfant abandonné une injurieuse assimilation au jeune délinquant, alors qu'il ne peut être soumis à la même discipline ni logé sous le même toit.

C'est l'écueil dont ne s'est pas suffisamment préservé le programme du Congrès lorsqu'il a placé dans la section des institutions préventives la question relative à l'organisation des établissements affectés aux jeunes délinquants ayant agi sans discernement, à côté de celles concernant les maisons de refuge consacrées aux enfants abandonnés. Il est même à remarquer que le programme du Congrès a complétement omis de s'occuper des jeunes délinquants condamnés comme ayant agi avec discernement et du régime disciplinaire applicable à cette catégorie spéciale.

La question concernant les principes d'après lesquels doivent être organisés les établissements affectés aux enfants abandonnés a eu la bonne fortune de compter deux rapporteurs, M. Petersen, directeur du pénitencier de Christiania, et M. Brace, de New-York. J'ai lu ces deux rapports avec un égal intérêt. La loi française du 5 août 1850, qui a donné en France, et je puis dire en Europe, l'impulsion à l'application de la colonie agricole à l'éducation répressive et pénitentiaire des jeunes délinquants, au lieu de se borner à la préférence que l'on doit accorder au régime de la vie et du travail agricoles, commit la faute d'exagérer cette préférence au point de prononcer pour ainsi dire l'exclusion de l'établissement industriel.

Digitized by Google

MM. Petersen et Brace ont su éviter cette exagération. Ils reconnaissent l'influence des faits économiques et sociaux qui exigent d'accorder à l'organisation industrielle de la maison de refuge la part qui doit lui revenir. Mais toutes les fois qu'on peut se soustraire à cette influence, ils n'hésitent pas à conseiller avec une profonde conviction la préférence que doivent obtenir la vie et le travail agricoles en raison des avantages qu'ils procurent pour la santé de l'âme et du corps. M. Petersen ne refuse pas son intérêt sympathique aux écoles industrielles d'Angleterre; mais « ce sont, dit-il, les colonies agricoles belges, les Red-Hill et Firmingham d'Angleterre, les Mettray et Val-d'Yèvre de France, qui nous présentent sans doute la solution de la question dont nous nous occupons ».

Ce n'est pas le point de vue de la colonie agricole, mais celui du placement individuel qui consiste à procurer à l'enfant abandonné une famille agricole en remplacement de celle qui lui a manqué, que présente le rapport de M. Brace. Mais toutefois ce placement dans les familles agricoles, c'est seulement pour les enfants abandonnés qu'il le conseille, sans l'étendre aux jeunes délinquants qu'on viendrait ainsi soustraire à l'action de la répression pénitentiaire.

Rien de plus intéressant que l'exposé historique que M. Brace, l'un des fondateurs de *The children's aid society of New-York*, sur la manière dont l'agence de cette société procède au placement des enfants abandonnés dans les familles agricoles de l'Est, et particulièrement dans celles de l'Ouest. « En 25 ans, dit-il, nous avons envoyé parmi les familles de campagne 35,000 garçons et filles. La grande majorité a réussi. » Mais ainsi que le dit avec raison le rapport de M. Petersen, « ce n'est qu'en Amérique que l'immensité des territoires permet l'application de ce système. »

IV

Après avoir indiqué que le travail agricole est le meilleur principe à suivre pour organiser l'assistance physique et morale à l'égard des enfants abandonnés, M. Brace termine ainsi son rapport : « Améliorer la terre par l'homme et

Digitized by Google

l'homme par la terre pourrait être la devise d'une telle organisation. »

C'est ici le moment de donner, suivant le désir que vous m'en avez exprimé, quelques renseignements sur la constitution agricole de la colonie d'essai du Val-d'Yèvre.

M. Brace n'apprendra pas peut-être sans intérêt que cette devise, qu'il conseillait de réaliser, avait aujourd'hui l'autorité d'un précédent; qu'en effet le promoteur de la *théorie de l'amendement de l'enfant par la terre et de la terre par l'enfant*, pour répondre à l'appel de son gouvernement, fonda en 1847, dans les marais du Val-d'Yèvre, près de Bourges, une colonie d'essai de l'application de cette théorie. Il est nécessaire, peut-être, d'expliquer pourquoi il fut procédé à cet essai par un défrichement de ce marais desséché qui n'attendait plus que sa mise en culture. Dans les exploitations ordinaires, il faut suppléer à l'insuffisance des bras, mais une colonie agricole d'enfants, jeunes délinquants ou abandonnés, a besoin, au contraire, d'utiliser l'abondance de sa main-d'œuvre, et il faut pour cela une organisation agricole qui permette d'employer en toute saison cette main-d'œuvre des colons, quel que soit leur âge ou quelle que soit leur robusticité. Il faut ensuite la facilité de disposer, en cas de chômages, de travaux d'améliorations foncières d'une réelle utilité. De là s'impose à la colonie agricole le principe du défrichement des terres incultes et fertilisables et particulièrement la mise en culture des marais desséchés qui répondent mieux aux besoins de la variété de l'enseignement agricole professionnel, en joignant le jardinage et la grande culture maraîchère à celle des céréales. Enfin le défrichement ajoute un service de plus à recueillir de la colonie, celui de concourir à accroître la richesse agricole en même temps que la moralité du pays.

Ces explications étaient nécessaires pour faire comprendre l'organisation agricole de cette colonie d'essai et indiquer le grand rôle que le principe du défrichement doit jouer dans la fondation des colonies pénitentiaires et des orphelinats agricoles. Son importance, en effet, y a été trop méconnue jusqu'à ce jour, et le Val-d'Yèvre est encore pour le défrichement des marais le premier et unique essai.

Quant aux résultats de l'essai du Val-d'Yèvre, sous le triple

Digitized by Google

rapport pénitentiaire, agricole et financier, c'est à l'habile directeur des prisons de Suède, M. Almquist, et au savant conseiller à la Cour suprême de Stockholm, M. d'Olivecrona, qui ont visité à plusieurs reprises la colonie d'essai du Val-d'Yèvre, à communiquer au Congrès, s'ils le jugent convenable, leurs appréciations. Il importe seulement de mentionner ici qu'après vingt-cinq ans de prospérité comme colonie privée, le gouvernement français ayant transformé le Val-d'Yèvre, en octobre 1872, en colonie publique, vient, après l'heureuse expérimentation de six années, de présenter, le 11 mars, un projet de loi d'acquisition de cette colonie pour assurer la durée de sa fondation. Parmi les résultats de cette expérimentation, pour ne citer que ceux du régime financier qui étaient les moins connus, il résulte des documents officiels que le prix de la journée de présence, en 1873, de 0f,7446 était, par un mouvement successivement décroissant, descendu, en 1877, à 0f,61, tandis qu'il s'était maintenu à 0f,75 pour les établissements privés et à un chiffre plus élevé pour les établissements publics.

Il est bien entendu que ce prix de 0f,61 au Val-d'Yèvre comprend les dépenses de toutes sortes, ordinaires et extraordinaires.

Est-ce à dire qu'il faille donner tort à quelques hommes assez compétents qui, jusqu'ici, avaient trouvé cette allocation de 0f,75 très-modérée, et quelques-uns même trop modérée, et qu'il faille condamner les réclamations de ceux des fondateurs d'établissements privés qui se plaignent qu'elle soit insuffisante par suite du renchérissement de toutes choses et des exigences croissantes de l'administration relatives au régime intérieur de la colonie agricole? Assurément non. Tout ce qu'on peut conclure de ce succès, c'est qu'il est dû au principe du défrichement, et qu'on ne peut atteindre le même but qu'en suivant les mêmes errements d'application du défrichement aux terres incultes et fertilisables, et de préférence aux marais.

Pour montrer l'intérêt financier qu'a l'administration pénitentiaire à entrer dans cette voie de la constitution agricole de la colonie, il suffit d'indiquer que l'économie réalisée au Val-d'Yèvre au profit de l'État par la diminution du prix de journée vient couvrir et au delà le mon-

Digitized by Google

tant de chacune des annuités dont se compose le prix d'acquisition [1].

Je suis entré dans ces détails parce que cette constitution de la colonie agricole appliquée soit aux jeunes délinquants, soit aux enfants trouvés et abandonnés, ainsi que l'essai en a été fait au Val-d'Yèvre dans ce double but, semble lui ouvrir un nouvel avenir. Dans leur rapport imprimé sur l'essai du Val-d'Yèvre, qu'ils étaient venus étudier sur place, les délégués du gouvernement belge, au nombre desquels se trouvait le si regrettable et si regretté Ducpétiaux, s'exprimaient ainsi sur la constitution agricole de cet essai : « À ce point de vue « nouveau, l'œuvre de la colonisation agricole voit néces- « sairement s'agrandir l'horizon de ses services et de son « avenir. »

CONCLUSION.

Vous me reprocheriez sans doute et avec raison de terminer cette lettre sans conclure. Je viens donc en soumettre la conclusion à l'appréciation bienveillante et éclairée du Congrès.

Cette lettre a pour double objet d'apprécier, d'une part l'utilité des travaux préparatoires du Congrès pénitentiaire de Stockholm, et d'autre part le mouvement progressif de la réforme répressive et pénitentiaire, et plus particulièrement dans les six dernières années.

En ce qui concerne le premier point de vue, le Congrès pénitentiaire de Stockholm a le mérite de réaliser les conditions normales qui manquaient au Congrès de Londres, en se produisant avec son règlement, son programme, un cadre bien arrêté des questions à discuter, et enfin un ensemble de rapports consacrés à l'élaboration de chacune d'elles.

Ces rapports sont aussi instructifs qu'intéressants. Le cadre des questions qu'ils embrassent a été, selon notre humble avis, bien conçu; on peut y regretter seulement l'omission de deux questions relatives, l'une au maximum normal de population dans les prisons et l'autre aux établissements spéciaux applicables aux jeunes condamnés comme ayant agi avec discernement et y désirer une application plus rigou-

[1] Voir cette démonstration par les chiffres authentiques indiqués page 15 de la *Note chronologique* publiée à l'occasion de la présentation du projet de loi d'acquisition du Val-d'Yèvre.

Digitized by Google

reuse du principe qui doit caractériser la ligne de démarcation à établir entre les institutions de la répression pénitentiaire et les institutions charitables d'assistance et de prévoyance.

Quant au règlement, il est remarquable par l'ensemble de sa rédaction; mais, parmi les dispositions qui peuvent être sujettes à révision, il en est une qui nous a paru devoir appeler le sérieux examen du Congrès, c'est celle qui accorde une part trop prépondérante à l'élément officiel et pourrait entraver sous ce rapport la liberté et le progrès scientifique. Cependant il est juste que du moment où les Congrès pénitentiaires sont profitables aux administrations des prisons dans les divers pays, ces administrations contribuent aux frais qu'entraînent ces Congrès pénitentiaires et que cette part contributive soit convenue et garantie par des crédits annuels.

En ce qui concerne le mouvement progressif de la réforme répressive et pénitentiaire, dans l'ordre des principes le progrès théorique a été aussi prompt qu'inespéré par suite de l'accord qui s'est établi entre les criminalistes, à savoir :

D'abord sur le cadre de la théorie de l'emprisonnement en cinq degrés : 1° jeunes détenus; 2° détenus avant jugement; 3° petits délinquants; 4° condamnés à long terme; 5° détenus passagers en transfèrement.

Ensuite sur les principes mêmes appelés à régir ces différents degrés; l'accord est assez général, sauf à l'égard du quatrième degré. On admet généralement en effet :

Pour les jeunes détenus, la spécialité des établissements organisés d'après le régime agricole ou industriel avec la préférence acquise au travail agricole toutes les fois que la situation le comporte;

Pour les détenus avant jugement, l'emprisonnement individuel;

Pour les petits délinquants, l'emprisonnement individuel également, mais avec le régime répressif approprié à leur situation;

Pour les détenus passagers, le transfèrement cellulaire.

Mais quand on arrive aux condamnés à long terme, *grammatici certant!* Cette lutte actuelle nous paraît sans issue parce que pour le problème de l'emprisonnement relatif aux

Digitized by Google

condamnés à long terme, elle s'attache à trouver dans tel ou tel système actuel une solution qui ne se rencontre dans aucun. Sans doute la solution n'est pas introuvable; mais elle n'a pas encore été trouvée, et le problème doit ainsi rester à l'étude des recherches de la science, des essais de l'expérience et des lumières de l'observation pratique. Il faut selon nous respecter, encourager même les essais de tous les systèmes, pour en étudier les résultats et en utiliser au besoin les indications; mais en l'état présent il ne faut accorder à aucun la confiance et l'autorité d'un précédent acquis à la science de la répression pénitentiaire pour le régime normal applicable aux condamnés à long terme.

Lorsqu'on voulut appeler le Congrès de Londres à se prononcer à cet égard, il eut la sagesse de s'abstenir, et nous croyons que c'est cette sagesse q e conseille encore la situation présente.

Permettez-moi, en terminant cette longue lettre, de vous exprimer qu'il est heureux que le nom du docteur Wines, cher à la réforme pénitentiaire, vienne servir de trait d'union entre les deux Congrès pénitentiaires de Londres et de Stockholm.

Veuillez agréer, Monsieur le Président, l'assurance de mes sentiments très-distingués et dévoués.

CH. LUCAS.

La Rongère, 14 août 1878.

LA LÉGISLATION SPÉCIALE DE LA CORSE

ET LES ARRÊTÉS MIOT.

Par M. Victor JEANVROT, substitut au tribunal de Béthune.

Depuis le décret du 21 janvier 1790, la Corse est placée sous l'empire des lois générales qui régissent le territoire français. Cette assimilation cependant ne s'étend pas à toutes les charges et contributions. Un régime privilégié assure aux habitants du département de la Corse des avantages considérables en matière d'impôts. C'est ainsi qu'ils sont dispensés des droits sur les tabacs et les boissons [1], qui produisent à eux seuls près du tiers des recettes du budget, et qu'ils ne

[1] V. le décret du 24 avril 1814, art. 16 (*Bull. des lois*, B, 365, n° 6699).

Digitized by Google

subissent les droits de douanes et d'enregistrement qu'avec des réductions notables[1].

Quelle est, au point de vue légal, la valeur de cette dérogation au droit commun, notamment en matière d'enregistrement? Telle est la question qu'on se propose d'examiner.

Tout d'abord, il est bon de faire connaître le tarif des droits d'enregistrement perçus en Corse et de le comparer au tarif en vigueur dans le reste de la France.

		TARIF		DÉFICIT de perception pour la Corse.
		pour la Corse.	pour la France.	
Actes civils.				
Droits fixes pour donations dans les contrats de mariage.		2,25	7,50	5,25
Droits proportionnels pour donations dans les contrats de mariage en ligne directe. .	meubles. .	0,62 1/2	1,25	0,62 1/2
	immeubles.	2,12 1/2	2,75	0,62 1/2
Droits proportionnels pour donations entre époux dans les contrats de mariages. . . .	meubles. .	1,25	1,50	0,25
	immeubles.	sur impôt foncier multiplié par 100	sur revenu multiplié par 20	Mémoire,
Droits proportionnels sur les transmissions d'immeubles à titre onéreux.		3,50 p. 100	5,50 p. 100	2 p. 100
Actes judiciaires (justices de paix).				
Jugements de simple police.		rien.	2,25	2,25
Procès-verbaux des gardes champêtres et des gendarmes.		rien.	3,00	3,00
Exploits en simple police.		rien.	1,50	1,50
Jugements civils préparatoires.		rien.	2,25	2,25
Jugem. pour demandes inférieures à 25 fr.		rien.	2,25	2,25
Total.		9,75	29,75	20,00

[1] Il existe aussi dans les matières particulières certaines exceptions créées en faveur de ce département.

Une ordonnance du 4 juillet 1821, autorisant « *provisoirement* » les officiers ministériels du département de la Corse (aujourd'hui au nombre de 250 environ) à fournir leurs cautionnements en immeubles. Cette ordonnance est encore en vigueur.

Un décret du 16 septembre 1867 diminue le cautionnement du trésorier-payeur général et des receveurs des finances de la Corse.

Un décret du 28 octobre 1868 modifie les traitements des receveurs conservateurs de l'enregistrement et des domaines en leur assurant un minimum fixe.

La fabrication et la vente des tabacs étant libre en Corse, un décret du 11 mars 1873 (voir *Officiel* du 10 mars) abaisse les prix du tabac de la régie mis en vente dans ce département.

Digitized by Google

Du tableau qui précède, il résulte que les habitants de la Corse ne supportent que les neuf vingt-neuvièmes, c'est-à-dire moins du tiers des droits d'enregistrement perçus en France.

Cette exonération a sa source dans des arrêtés spéciaux, pris en l'an IX, par l'administrateur Miot. Il semble que l'effet de ces arrêtés aurait dû cesser avec les événements exceptionnels qui les avaient motivés. Cependant un arrêt de la Cour de cassation (chambre des requêtes), en date du 23 février 1875, en a proclamé la légalité et leur a donné, pour ainsi dire, une vigueur nouvelle.

Cette décision est intervenue dans les circonstances suivantes :

Un sieur Costa, traduit devant le tribunal de simple police d'Olmetto (Corse), pour contravention à la police de roulage, constatée par un procès-verbal de gendarmerie, soutint que ce procès-verbal était nul pour n'avoir pas été soumis à la formalité de l'enregistrement, conformément aux dispositions de l'article 19 de la loi du 30 mai 1851.

Le juge de paix accueillit cette fin de non-recevoir et relaxa l'inculpé. — Pourvoi du ministère public fondé notamment sur ce que, dans le département de la Corse, les procès-verbaux produits devant les tribunaux de police sont dispensés de la formalité de l'enregistrement, en vertu des arrêtés de l'administrateur général de la Corse, en date des 1er floréal et 21 prairial an IX.

Le 23 janvier 1875, arrêt de la Cour de cassation ainsi conçu :

« La Cour, etc. — sur le troisième moyen tiré de ce que le jugement attaqué a déclaré le procès-verbal nul, faute d'enregistrement, en vertu de l'article 19 de la loi du 30 mai 1851, bien que dans l'île de Corse les procès-verbaux produits devant les tribunaux de police soient dispensés de la formalité de l'enregistrement par une législation spéciale;

« Vu les arrêtés du 1er floréal et 21 prairial an IX de l'administrateur général de la Corse;

« Attendu que la loi du 22 frimaire an IX ayant suspendu l'empire de la constitution jusqu'à la paix maritime, dans l'île de Corse et les autres îles du territoire français européen, les consuls, par arrêté du 17 nivôse de la même année, instituèrent un administrateur général de la Corse et l'auto-

Digitized by Google

risèrent à prendre toutes les mesures de gouvernement et d'administration qu'il jugerait nécessaires et à les publier sous forme d'arrêtés ou de règlements;

« Attendu que l'administrateur général Miot, nommé à ces fonctions par un arrêté des consuls du même jour, fit, le 1er floréal an IX, un règlement portant dans son article 4 : « Les citations et les actes de la compétence du tribunal de police sont écrits sur papier libre et exempts de la formalité de l'enregistrement; »

« Attendu que cette disposition fut confirmée par un arrêté concernant l'enregistrement, que l'administrateur général prit, le 21 prairial an IX, et dont l'article 6 est ainsi conçu : « Sont exempts du droit et de la formalité du timbre les actes de procédure énoncés dans le règlement du 1er floréal dernier, portant établissement d'un tribunal de simple police; »

« Attendu que CES ARRÊTÉS, QUI ONT LE CARACTÈRE ET LA FORCE D'UNE LOI, n'ont jamais été abrogés et SONT ENCORE EN VIGUEUR dans l'île de Corse, etc. »

Cet arrêt a été précédé d'un rapport de M. le conseiller Dupré-Lasale, dont voici les principaux passages :

« Nous avons eu quelque peine à nous procurer les textes de cette législation; ils ne sont imprimés dans aucun recueil; l'administration de l'enregistrement en avait été privée par l'incendie du ministère des finances; il a fallu, pour les mettre à notre disposition, des correspondances multipliées avec la Corse.

« Une première question se présente. Quelle est la valeur légale des arrêtés Miot? Une loi avait suspendu dans l'île de Corse l'empire de la constitution; elle donnait par cela même au pouvoir exécutif le droit de faire pour cette île des règlements ayant force de loi; ce droit, les consuls l'avaient délégué à l'administrateur général de la Corse; les arrêtés de cet administrateur doivent, dès lors, être considérés comme ayant le caractère et la force d'une loi.

« Votre jurisprudence a toujours décidé que les décrets inconstitutionnels, mais non attaqués dans les formes et dans les délais fixés par la Constitution, avaient force légale, à plus forte raison faut-il reconnaître ce caractère à des décrets qui n'ont rien d'inconstitutionnel, puisqu'ils ont été pris en

Digitized by Google

vertu d'une loi qui suspendait l'empire de la Constitution. La paix maritime a mis fin aux pouvoirs que la loi du 22 frimaire an IX avait conférés au gouvernement; mais les règlements que le gouvernement avait faits avant cette époque sont nécessairement restés en vigueur. C'est ce qui a été déclaré par une décision ministérielle du 12 mai 1817, sur l'application de la loi de finance du 28 avril 1816, et il est certain que l'administration de l'enregistrement n'a jamais cessé d'observer les arrêtés de l'administrateur général de la Corse...

« En ce qui touche les procès-verbaux relatifs à des contraventions de roulage, les arrêtés qui nous occupent ont-ils été abrogés par l'article 19 de la loi du 30 mars 1851? C'est un principe reconnu par votre jurisprudence, qu'à moins de dispositions expresses, les lois générales ne dérogent point aux lois spéciales, et la spécialité d'une loi ne dépend pas seulement de la nature particulière des matières qu'elle régit, elle peut également venir de ce que la loi serait faite pour une partie restreinte du territoire.

« Or, la loi du 30 mai 1851 est générale pour toute la France, les arrêtés Miot sont, au contraire, des lois spéciales pour la Corse; elles établissent pour l'application des lois d'enregistrement dans cette île un droit exceptionnel, un régime privilégié, il est évident que le législateur de 1851 ne s'est pas occupé de ce régime; il n'a pas entendu le supprimer en tout ou en partie; il n'a, ni explicitement, ni implicitement manifesté l'intention de ramener la Corse aux règles générales sur les autres points du territoire français. Lorsque le jury n'existait pas en Corse, une loi qui aurait réglementé cette institution pour toute la France n'eût pas été applicable dans cette île; de même, la Corse étant exempte de l'enregistrement des procès-verbaux de contravention, la loi, qui, d'une façon générale, exige l'enregistrement des procès-verbaux de contravention en matière de roulage, ne saurait toucher à la dispense spécialement établie pour la Corse.

« La question qui nous occupe s'était déjà élevée, après la promulgation du décret de 1854 sur la gendarmerie, dont l'article 491 soumettait les procès-verbaux à la formalité de l'enregistrement. Voici comment elle fut résolue dans une dépêche ministérielle du 16 février 1857 :

Digitized by Google

« M. le procureur général à Bastia : Vous me consultez sur la question de savoir si les arrêtés pris en l'an IX, par l'administrateur général de la Corse, Miot, à l'effet d'exempter de la formalité de l'enregistrement les procès-verbaux en matière de contraventions de police, dressés dans ce département, ont été abrogés par l'article 491 du décret du 1er mars 1854 sur la gendarmerie, qui prescrit d'une manière générale l'enregistrement de ces procès-verbaux. Vous ajoutez que ces arrêtés, maintenus par une décision ministérielle du 12 mai 1817, vous paraissent devoir continuer a être exécutés.

« Je partage entièrement votre opinion sur ce sujet. Les pouvoirs exceptionnels dont avait été investi en l'an IX le conseiller d'État Miot ont fait considérer les actes de son gouvernement comme ayant un caractère législatif, ses arrêtés ont été consacrés par l'adhésion tacite de tous les gouvernements qui se sont succédé en France depuis plus de cinquante ans : ils ont survécu à toutes les chartes et à toutes les constitutions ; ils ont conservé leur force originaire ; ce sont toujours des lois spéciales et locales qui ne pourraient être abrogées que par une loi spéciale. Le décret du 1er mars 1854 n'ayant point statué à cet égard a laissé substituer dans leur entier les arrêtés Miot, et la circulaire du 6 janvier, qui a pour but d'assurer l'exécution de l'article 491 du décret, n'a pu elle-même apporter aucune modification aux dispositions de ces arrêtés relatives à l'enregistrement.

« *Le ministre de la justice*, — signé ABBATUCCI. »

« La règle posée par cette dépêche a été, depuis, universellement observée en Corse jusqu'au conflit qui s'est aujourd'hui élevé entre le tribunal de police d'Olmetto, d'une part, le ministère public, la gendarmerie et l'administration de l'enregistrement d'autre part. »

L'arrêt de la Cour de cassation qui décide que les arrêtés de l'administrateur Miot ont le caractère et la force d'une loi ne nous paraît pas à l'abri de toute critique. Si l'on étudie l'état de la Corse à cette époque, le but de la mission confiée à l'administrateur Miot, la nature et l'étendue de ses pouvoirs, les documents législatifs et juridiques de cette période, il semble au contraire qu'on doive aboutir à une conclusion différente de celle de la Cour de cassation,

Digitized by Google

sinon pour tous les arrêtés de l'administrateur Miot en général, du moins pour les deux arrêtés en litige.

A supposer même que les deux arrêtés litigieux aient eu, à un moment donné, force de loi, ne peuvent-ils pas être considérés comme abrogés?

Avant d'examiner, au point de vue juridique, ces deux questions il est nécessaire de produire les pièces justificatives qui servent de base et de fondement à la discussion, et de tracer un rapide aperçu de la situation politique de la Corse à l'époque de l'administration du conseiller d'État Miot.

Un séjour de quatre années en Corse nous a permis d'y recueillir des documents importants pour la solution des questions soulevées par l'arrêt de la Cour de cassation. La plupart de ces documents sont inédits, et leur publication, en dehors même du but particulier de ce travail, ne sera pas sans intérêt pour la connaissance de cette législation spéciale qui n'a été jusqu'à présent l'objet d'aucune étude juridique.

I

De 1769, date de la cession de l'île de Corse à la France par la république de Gênes, jusqu'à 1789, le gouvernement français fit de nombreuses mais inutiles tentatives pour coloniser ce pays. Ces patriotiques efforts échouèrent contre les résistances opiniâtres de la population indigène[1]. L'Assemblée nationale, entraînée par une généreuse illusion, crut qu'un décret suffirait pour transformer cet état de choses. Le 21 janvier 1790 elle décréta que la Corse faisait partie de l'Empire français et que ses habitants seraient régis par la même Constitution que les autres Français. Cette mesure fut impuissante à mettre fin aux troubles et aux discussions qui agitaient le pays. Les Anglais ne tardèrent pas à profiter de cette situation. Ils s'emparèrent de l'île, grâce à la trahison de Paoli qui leur livra son pays. En 1796 les An-

[1] Consulter à ce sujet les intéressants travaux publiés par M. Duhamel, ancien archiviste de la Corse, sur les essais de colonisation de la Corse tentés par les Génois et par le gouvernement français, avant 1789. — Mémoire lu à la réunion des Sociétés savantes, le 31 mars 1875. — V. *Revue des Sociétés savantes*, VIe série, t. I, mars-avril 1875, p. 327 et suiv.

Digitized by Google

glais furent contraints d'abandonner l'île, qui retomba sous la domination française.

C'est à cette époque que le conseiller d'État Miot fut envoyé en Corse pour la première fois, en qualité de commissaire extraordinaire du gouvernement. Il a lui-même exposé dans ses *Mémoires*[1] l'objet de cette première mission en ces termes :

« L'île étant rentrée sous l'empire de la France, il devenait indispensable d'y pourvoir provisoirement à l'administration civile et de préparer l'établissement de la constitution.

« Il fallait chercher un administrateur tout à fait étranger au pays, n'ayant d'autre intérêt que celui de ramener l'ordre, d'assoupir les haines et de faire rentrer la Corse le plus promptement possible sous les lois et les institutions communes au reste de la France. Le choix tomba sur moi, et je reçus, le 5 frimaire an V (25 nov. 1796), un arrêté du directoire exécutif du 9 brumaire qui me nommait commissaire extraordinaire du gouvernement en Corse, et qui m'enjoignait de m'y rendre sur-le-champ.

« En arrivant à Bastia... je commençai par introduire dans l'île le régime constitutionnel, et m'y occupai exclusivement de l'organisation civile du pays. Je ne crus pas devoir suspendre plus longtemps l'organisation de la justice, dont le besoin devenait très-urgent. Je procédai donc à l'installation des juges que j'avais nommés par arrêté du 16 nivôse an V (5 janv. 1797), ainsi que par arrêtés rendus le 26 pluviôse (26 janvier), à l'institution du tribunal de commerce, des administrations municipales et des justices de paix dans les différents cantons.

« L'ordre régulier s'étant ainsi établi sans secousse dans le département, je cédai successivement aux administrations et aux tribunaux les pouvoirs que j'avais exercés extraordinairement, et je me préparai à quitter le département du Golo, pour me rendre dans celui du Liamone[2].

[1] *Mémoires* du comte Miot de Mélito, t. I, p. 123 et suiv. Paris 1874, Michel Lévy.

[2] La Corse était alors divisée en deux départements : le *Golo*, chef-lieu Bastia, et le *Liamone*, chef-lieu Ajaccio. Leur réunion en un seul sous le nom de *Corse* a été décrétée par le sénatus-consulte du 19 avril 1811 (*Bull. des lois* pour 1811, B, 264, n° 6681).

Digitized by Google

« Dès que je fus installé à Ajaccio, le 13 pluviôse (1er fév.), je m'occupai sans relâche de l'organisation du département dont cette ville est le chef-lieu.

« Le 25 pluviôse je publiai les arrêtés que j'avais pris pour l'organisation de l'administration centrale et des tribunaux du département du Liamone. J'installai, le 25 pluviose (15 fév.), les membres nommés.

« Je passai encore un mois en Corse pour surveiller les premier pas de l'administration que j'y avais établie. Mais, comme ma mission se terminait naturellement au 1er germinal an V (21 mars 1797), époque à laquelle, suivant la constitution de l'an III, les assemblées primaires devaient se tenir et confirmer ou annuler par leur choix les nominations que j'avais faites, je ne voulais pas prolonger mon séjour au delà de ce terme. »

Après le départ de Miot les agitations continuèrent pendant plusieurs années, et les choses en arrivèrent à un tel point que la population de l'île était en état permanent de révolte contre l'autorité française. En l'an IX la guerre maritime, en empêchant les communications régulières entre les préfets et le gouvernement, nécessita une double mesure, la suspension de la constitution dans l'île, et l'envoi d'un administrateur général investi de pouvoirs extraordinaires. Miot fut encore désigné pour remplir ces fonctions difficiles. Voici comment il raconte, dans ses mémoires, les circonstances relatives à cette nouvelle mission[1] :

« J'étais le 22 brumaire (an IX) au soir chez le premier Consul. Il me prit à part, et après une longue conversation, il finit par me proposer de retourner en Corse. Il avait, me dit-il, l'intention de suspendre dans cette île l'empire de la Constitution et de me charger de l'administration pendant le temps de cette suspension. Aucune mission ne pouvait être plus pénible pour moi, et cependant il n'était pas en mon pouvoir de m'y refuser.

« Le premier Consul me chargea de présenter au Corps législatif une loi qui suspendait en Corse l'empire de la Constitution. Après quelques difficultés élevées dans le tribunat, mais qui furent promptement levées, la loi fut adoptée le

[1] *Mémoires*, t. I, p. 320 et 330.

Digitized by Google

22 frimaire (14 décembre) à une majorité de 260 voix contre 3. Je fis ensuite au Conseil d'État le rapport du projet d'arrêté qui réglait les pouvoirs extraordinaires que je devais exercer en vertu de cette loi, et, lorsqu'il eut été adopté avec quelques modifications peu importantes, je me préparai à partir. »

La loi du 22 frimaire an IX dont il vient d'être parlé est conçue en ces termes[1] :

« L'empire de la Constitution est suspendu, jusqu'à la paix maritime, dans les départements du Golo et du Liamone, et dans toutes les îles du territoire français européen, distantes du continent de 2 myriamètres et au delà. »

A la suite de cette loi un arrêté, du 17 nivôse an IX, inséré au *Bulletin des lois*, nomme un administrateur général et détermine ses pouvoirs. Cet arrêté est ainsi conçu :

Les consuls de la République, vu la loi du 22 frimaire an IX, qui suspend jusqu'à la paix maritime l'empire de la Constitution dans le département du Golo et du Liamone, le Conseil d'État entendu, arrêtent ce qui suit :

Dispositions générales.

Art. 1er. — Un conseiller d'État sera nommé par le premier Consul, administrateur général des départements du Golo et du Liamone.

Art. 2. — Il est autorisé à prendre toutes les mesures de gouvernement et d'administration qu'il jugera nécessaires et pourra les publier sous forme d'arrêtés et de proclamations.

Tout individu chargé d'une fonction publique, civile, militaire, maritime et de finance, est tenu d'exécuter immédiatement les arrêtés, ordres et décisions de l'administrateur général. Il aura une garde d'honneur dans les lieux où il résidera, et recevra les honneurs militaires supérieurs.

Justice.

Art. 3. — L'administrateur général des deux départements pourra faire des règlements portant peine de mort.

Il établira des tribunaux criminels extraordinaires, et en

[1] *Bull. des lois* de l'an XI, B, 60, n° 435.

Digitized by Google

déterminera le nombre, la résidence, la composition et le mode de procédure.

Ces tribunaux jugeront sans appel, révision ou cassation.

Il instituera un conseil particulier pour prononcer sur les prises conduites par les bâtiments de l'État ou par corsaires dans les ports des départements du Golo et du Liamone ou dans ceux de l'île de la Capraja.

Administration.

Art. 4. — Il pourra révoquer ou suspendre de leurs fonctions et remplacer les préfets, sous-préfets, membres du conseil de préfecture ou d'arrondissement communal, les maires, juges de paix, et généralement tout employé de l'administration civile, financière, militaire et maritime.

Finances.

Art. 5. — L'administrateur général est autorisé à imposer, par forme de peine, des contributions extraordinaires sur les municipalités, arrondissements communaux et départements, et à prendre les mesures d'usage pour en assurer le payement.

Il pourra prononcer des DÉGRÈVEMENTS *ou* REMISES *sur celles qui existent, soit directes, soit indirectes.*

Il déterminera l'emploi des fonds provenant des contributions directes ou indirectes, ordinaires et extraordinaires, et en appliquera le produit à toute destination qui lui paraîtra convenable; il règlera également la répartition des fonds affectés aux différents services de l'administration.

Guerre et marine.

Art. 6. — Il disposera des moyens militaires et maritimes destinés à la défense des deux départements du Golo et du Liamone, et en règlera l'emploi.

Il pourra enjoindre par mesure extraordinaire, à tout militaire du service de terre et de mer, quel que soit son grade, de se rendre sur le continent, et il pourvoira provisoirement à son remplacement.

Art. 7. — Les ministres de la justice, des finances, de l'intérieur, de la guerre, de la marine et de la police générale,

Digitized by Google

donneront, chacun en ce qui le concerne, les ordres nécessaires pour l'exécution du présent arrêté qui sera imprimé au *Bulletin des lois*.

Un second arrêté de la même date nomme le conseiller d'État Miot administrateur général dans les départements du Golo et du Liamone[1].

Voici dans quel état Miot trouva le pays à son arrivée[2].

« La Corse, ramenée, à l'expiration de ma première mission, sous l'empire de la Constitution de l'an III, avait été gouvernée pendant tout le temps que subsista cette constitution par des administrations de département dont les membres étaient exclusivement choisis parmi les habitants de l'île. Les élections, disputées quelquefois les armes à la main entre les divers partis qui divisaient les familles les plus puissantes par leurs richesses et leur clientèle, avaient été constamment le prétexte et l'occasion de troubles souvent sanglants.

« Salicetti, envoyé en Corse comme délégué des consuls, n'avait pu ni par sa présence, ni par les mesures qu'il prit, prévenir les suites de la mauvaise disposition des esprits. Né dans le pays et toujours suspect de partialité, il trouva partout des résistances invincibles.

« Des hommes condamnés qui avaient échappé à l'exécution des jugements rendus contre eux s'étaient réfugiés dans les montagnes et infestaient le pays, soit par des brigandages qu'ils exerçaient indistinctement sur tous les voyageurs, soit par les vengeances particulières auxquelles ils se livraient. On ne pouvait faire un pas sans une escorte, et souvent il fallait envoyer un détachement de cinq ou six hommes pour porter une lettre d'une poste à l'autre.

« L'institution des jurés en Corse avait ôté tout moyen de punir les crimes.

« Je m'appliquai d'abord à rétablir le cours de la justice, interrompu de fait depuis plusieurs années ; et l'institution d'un tribunal criminel, composé mi-partie de juges civils et de militaires, fut mon premier ouvrage... Je ne laissai respirer ni les assassins ni les brigands. »

[1] *Bull. des lois* de l'an XI, B, 63, n° 458.
[2] *Mémoires* du comte Miot de Melito, *loc. cit.*

Digitized by Google

Le 28 germinal, Miot écrit de Bastia au gouvernement que les départements du Golo et du Liamone « sont tranquilles, que les insurrections partielles de quelques villages sont calmées et que tout paraît rentrer dans l'ordre [1] ».

Quelques jours plus tard, il informe le ministre de la justice à Paris « que les insurgés des départements du Golo et du Liamone ont reconnu leur erreur et prêté serment de fidélité à la Constitution. Tout fait espérer, ajoute-t-il, que bientôt la tranquillité sera entièrement rétablie [2] ».

Pendant le cours de son administration, Miot a pris un grand nombre d'arrêtés. Deux ou trois seulement ont été imprimés. Toutes les minutes de ces arrêtés ont disparu. Il n'en reste plus d'autre trace qu'un registre de copies ou d'expéditions qui se trouve dans les archives du département de la Corse. La plupart de ceux qui sont insérés dans ce registre n'intéressent que des particuliers ou des communes. Très-peu s'appliquent à la Corse tout entière. Nous allons reproduire, par ordre de date, les arrêtés visés dans l'arrêt de la Cour de cassation, et ceux qui peuvent jeter quelque lumière sur l'administration de Miot, au point de vue de la discussion qui va suivre.

13 germinal an IX. — *Règlement portant institution d'un tribunal criminel extraordinaire pour le jugement des crimes et délits.*

André-François Miot, conseiller d'État, administrateur général des départements du Golo et du Liamone,

Arrête ce qui suit :

Art. 1er. — Les tribunaux criminels des départements du Golo et du Liamone sont suspendus à compter du jour de la publication du présent règlement. Les deux présidents rentreront dans le tribunal d'appel dont ils font partie, suivant la loi du 27 ventôse an VIII.

Art. 2. — Il est établi un seul tribunal criminel extraordinaire pour juger les crimes et délits emportant peine afflictive et infamante commis dans l'étendue des deux départements du Golo et du Liamone, ainsi que du fait de vagabondage et des gens sans aveu.

[1] *Moniteur universel* du 9 floréal an IX.
[2] *Moniteur universel* du 18 floréal an IX.

Digitized by Google

Art. 3. — Ce tribunal sera composé du président actuel du tribunal d'appel, de deux citoyens ayant les qualités nécessaires pour être juges, de trois militaires ayant au moins le grade de capitaine, et de deux juges choisis parmi ceux des tribunaux de la Corse, d'un commissaire du gouvernement, d'un substitut dudit commissaire et d'un greffier. Sa résidence habituelle sera la ville de Corte.

Art. 14. — L'instruction achevée, l'accusé sera traduit à l'audience publique du tribunal. Là, et en présence des témoins, lecture sera donnée de l'acte d'accusation dressé par le commissaire du gouvernement. Les témoins seront ensuite successivement appelés. Le commissaire du gouvernement donnera ses conclusions. Après lui, l'accusé ou son défenseur seront entendus. Les débats étant terminés, le tribunal prononcera en dernier ressort et sans révision en cassation.

Art. 15. — Les assassinats prémédités, les guet-apens, ou embuscades à dessein d'assassiner, seront punis de mort.

Art. 16. — Les vols commis dans les villes, villages ou campagnes, et dans les habitations et bâtiments de campagne, lorsqu'il y aura effraction faite aux murs de clôture, aux toits des maisons, portes et fenêtres extérieures, ou lorsque le crime aura été commis avec port d'armes, ou sur un chemin public, seront punis de mort.

Art. 17. — Quant aux autres délits, le tribunal se conformera aux dispositions du Code pénal du 17 septembre 1791.

Art. 20. — Les tribunaux correctionnels sont maintenus avec leurs attributions; mais leurs jugements ne seront exécutoires qu'après avoir été confirmés par un jugement du tribunal criminel extraordinaire, soit qu'appel ait été ou non interjeté.

En conséquence, les substituts du commissaire du gouvernement près les tribunaux d'arrondissement communaux sont tenus de faire passer aux commissaires du gouvernement près le tribunal criminel extraordinaire, dans le délai de trois jours au plus tard, les jugements rendus par les tribunaux correctionnels[1].

7 Floréal an IX. — *Règlement portant institution d'un tri-*

[1] Cet arrêté a été inséré au *Moniteur universel* du 9 floréal an IX.

Digitized by Google

bunal de police dans chaque commune des départements du Golo et du Liamone.

Art. 1er. — Il y aura *dans chaque commune* des deux départements un tribunal de police simple composé du maire et de deux assesseurs pris suivant l'ordre de leur nomination parmi les notables qui seront désignés à cet effet par le conseil municipal.

Art. 2. — Le tribunal de police dans chaque commune aura les mêmes attributions, suivra les mêmes formes de procédure que celles réglées par les lois concernant les tribunaux de police des ci-devant cantons.

Ces derniers cesseront leurs fonctions à dater du jour de la publication du présent règlement.

Art. 3. — Les fonctions du ministère public près le tribunal de police seront remplies dans les villes par le commissaire de police et dans les autres communes par les adjoints du maire.

Art. 4. — Les citations et tous les actes de la compétence du tribunal de police seront inscrits sur papier libre et exempts de la formalité de l'enregistrement. Il n'y aura que l'exécution des jugements définitifs qui sera sur papier timbré, et le seul exploit de l'huissier contenant signification desdits jugements définitifs sera assujetti à l'enregistrement et soumis à un droit fixe de 1 franc.

18 prairial an IX. — *Arrêté concernant le remplacement de la taxe sur les portes et fenêtres.*

Art. 1er. — La taxe sur les portes et fenêtres, établie par les lois du 4 frimaire et du 18 ventôse an VII, est suspendue dans les départements du Golo et du Liamone à commencer de l'an IX.

Art. 2. — Le montant présumé de cette taxe sera ajouté au contingent de la contribution personnelle et mobilière imposée aux mêmes départements à raison de 9,000 francs pour celui du Golo et de 6,000 francs pour celui de Liamone.

Art. 3. — Dans les cinq jours de la réception du présent règlement, les préfets ajouteront au contingent de chaque commune, à la contribution personnelle et mobilière, la part proportionnelle à payer par chacune d'elles des sommes fixées ci-dessus.

Digitized by Google

Art. 4. — Cinq jours après que les préfets auront fait connaître cette répartition aux communes, les maires et adjoints seront tenus de procéder à la répartition entre les contribuables de la somme imposée à leur commune.

21 prairial an IX. — *Arrêté concernant les droits d'enregistrement.*

Art. 1er. — La loi du 22 frimaire an VII sur l'enregistrement des actes civils, judiciaires, titres de propriété, continuera d'être exécutée, suivant sa forme et teneur, *sauf les modifications* ci-après :

Art. 2. — 1° Les droits fixes et proportionnels à percevoir, d'après les articles 68 et 69 de la loi du 22 frimaire, pour les contrats de mariage et les donations faites en faveur des époux par ces mêmes contrats, sont réduits à la moitié de ceux fixés par ladite loi ;

2° Le droit de 4 p. 100, fixé par le § 6 de l'article 69 de la loi du 22 frimaire, pour les rentes, cessions et autres actes translatifs de propriété ou d'usufruit de biens immeubles à titre onéreux, est réduit à 2 p. 100.

Art. 3. — La valeur des immeubles, dont les héritiers légataires ou donataires étaient tenus de faire la déclaration pour les successions qui leur étaient échues, sera à l'avenir déterminée par le montant de la contribution foncière, et, pour parvenir à cette fixation, la contribution foncière sera considérée comme le centième du capital sur lequel les droits à percevoir, d'après la loi du 22 frimaire an VII, seront liquidés.— La peine du droit en sus encourue pour défaut de déclaration dans le délai de six mois restera abrogée[1].

Timbre.

Art. 6. — Sont exemptés du droit et de la formalité du timbre :

Les actes et procédures énoncés dans le règlement du 1er floréal dernier portant établissement d'un tribunal de simple police ;

[1] En France, à défaut de déclaration de succession dans un délai de six mois, l'administration perçoit la moitié du droit en plus. En Corse il n'y a pas de délai pour les déclarations de successions, et par suite le demi-droit en sus n'est jamais exigible.

Digitized by Google

Les actes et procédures relatifs aux délits champêtres, ainsi qu'il sera expliqué par un règlement particulier;

Les pétitions et mémoires en matière de contributions directes;

Les expéditions des arrêtés des conseils de préfecture, qui auront pour objet ces mêmes contributions, lorsqu'il ne s'agira que de sommes au-dessous de 20 livres.

Art. 7. — Le timbre extraordinaire est supprimé.

Il sera remplacé, quant aux actes et expéditions des administrations publiques et de la régie des douanes, par un visa du receveur de l'enregistrement.

Art. 9. — Les lois des 13 brumaire et 16 prairial an VII continueront d'avoir leur entière exécution, *sous les seules modifications portées aux articles précédents.*

21 prairial an IX. — *Arrêté portant dispenses de la contribution des patentes.*

La contribution des patentes ne sera point établie ni perçue dans les communes dont la population ne s'élève pas à 1,800 âmes.

Ceux qui forment de nouveaux établissements de commerce ou d'industrie sont dispensés de la patente pendant deux ans.

8 frimaire an X. — *Arrêté portant organisation du tribunal criminel extraordinaire.*

Art. 1er. — A compter de ce jour, le nombre des juges du tribunal extraordinaire des départements du Golo et du Liamone est réduit à cinq.

Art. 2. — La résidence du tribunal est fixée à Ajaccio.

Art. 3. — Les juges et commissaires du gouvernement seront tous choisis parmi les Français nés hors des départements du Golo et du Liamone.

Art. 4. — Le règlement du 13 germinal an IX, portant institution d'un tribunal criminel extraordinaire pour les départements du Golo et du Liamone, continuera à être exécuté, sauf l'article 4 qui est révoqué.

23 floréal an X. — *Arrêté ordonnant de surseoir aux poursuites judiciaires en matière criminelle lorsque le prévenu invoque un traité de paix.*

Digitized by Google

André, etc., sur le compte rendu qui lui a été rendu de diverses procédures pendantes par-devant le tribunal criminel extraordinaire des départements du Golo et du Liamone, et des exceptions que plusieurs prévenus prétendent tirer des paix conclues par eux avec ceux qu'ils avaient offensés, ou qui avaient porté plainte comme se regardant offensés, arrête ce qui suit :

Art. 1er. — Lorsqu'un prévenu, traduit devant le tribunal extraordinaire pour assassinat, embuscade, guet-apens et tentative d'assassinat antérieurs au 1er vendémiaire an IX, alléguera une paix antérieure à son arrestation, faite et observée entre lui et l'offensé ou les offensés, il sera provisoirement sursis par le tribunal à toute poursuite.

Art. 2. — Le commissaire du gouvernement près le tribunal criminel extraordinaire en référera à l'autorité administrative, pour savoir d'elle si la paix a été faite et observée de bonne foi.

Art. 3. — Les poursuites judiciaires ne pourront être reprises et continuées que de l'avis de l'autorité administrative.

22 thermidor an X. — *Arrêté concernant les contributions directes.*

Art. 1er. — Additionnellement à l'évaluation du produit indiqué par les instructions ministérielles pour les terres labourables, les terres vaines et toutes autres de diverses classes, la direction des contributions directes en Corse aura égard au produit de tous les arbres appelés châtaigniers, noyers et oliviers. Les commissaires et agents, chargés de la refonte générale, ajouteront, en conséquence, à l'évaluation du produit des terres, celle du produit de ces arbres, distinguant, par autant d'articles, les propriétaires qui ne jouissent que du terrain, et ceux qui, par transaction particulière, ont acquis la jouissance du produit des arbres appelés oliviers, noyers, châtaigniers.

Le caractère le plus saillant des arrêtés qui précèdent, c'est que, à l'exception de ceux qui concernent le tribunal criminel, ils constituent des mesures de faveur bien plus que des mesures de rigueur. C'est à ce manque d'énergie

Digitized by Google

qu'il faut attribuer la disgrâce dans laquelle Miot ne tarda pas à tomber auprès du gouvernement. La plupart des arrêtés qu'il avait pris étaient en opposition avec l'esprit de son mandat. Il avait été envoyé pour étouffer une insurrection, contenir le désordre, punir les révoltés, et assujettir les populations au joug du droit commun. S'il rétablit l'ordre matériel, il ne prépara pas suffisamment l'assimilation du pays au reste de la France. Son principal souci fut de dispenser les populations de la plupart des impôts, de créer en leur faveur des priviléges considérables. de sorte qu'à son départ la Corse n'était pas plus disposée à rentrer dans le droit commun qu'à son arrivée.

Cette conduite peu conforme aux vues du gouvernement indisposa contre lui le premier Consul, qui le rappela assez brusquement. Ses procédés d'administration n'avaient pas même réussi à lui gagner la protection des Corses influents. Ceux-ci, au contraire, devenaient plus avides à mesure qu'il se montrait plus bienveillant. Et pour n'avoir pas consenti à combler de faveur certains de leurs protégés il fut desservi auprès de Bonaparte par ceux-là mêmes qui profitaient le plus de sa trop large bonté.

C'est lui-même qui raconte ces divers détails parmi les incidents qui déterminèrent son départ :

« Il s'en fallait de beaucoup que mes efforts fussent appréciés et secondés partout. L'impartialité que j'avais mise dans le choix des fonctionnaires que j'eus à nommer, la sévérité que j'apportai dans le maniement des deniers publics, les poursuites que je dirigeai sans relâche contre les concussions et les exactions m'attiraient une foule d'ennemis qui se déchaînaient contre moi. C'était surtout par l'oncle de Bonaparte, depuis cardinal Fesch, et par le général sénateur Casabianca, que j'étais poursuivi à Paris. J'avais refusé à quelques-uns de leurs protégés des faveurs ou des places auxquelles ils n'avaient aucun droit. Ils ne me le pardonnèrent pas et attaquèrent avec acharnement toutes mes opérations près des ministres...

« Un rapport du ministre des finances sur les mesures que j'avais prises relativement aux contributions de quelques cantons auxquels j'avais remis des impositions arriérées qu'ils étaient dans l'impossibilité d'acquitter, rapport où ces me-

Digitized by Google

sures étaient présentées comme un empiétement excessif sur mes pouvoirs, décida le premier Consul à mettre un terme à ma mission, en replaçant, à compter du 1er brumaire an XI (22 octobre 1802), les deux départements de la Corse sous l'empire de la Constitution.

« En arrivant au mois de germinal an IX j'avais trouvé une partie de la Corse agitée par des soulèvements intérieurs, les routes infestées par des hommes qui, poursuivis, avaient cherché un asile dans les montagnes et tombaient à l'improviste sur les voyageurs ou les soldats marchant isolément. Je la laissai tranquille, les chemins libres, les communications rétablies... Mais la civilisation n'avait fait aucun progrès sensible. Le même esprit de vengeances et de haines subsistait : des actes de vengeance privée s'étaient plus d'une fois exercés, pour ainsi dire, sous mes yeux, et malgré tous mes efforts j'étais réduit à l'impuissance de punir les criminels.

Je m'éloignai donc avec satisfaction d'un pays où le bien était si difficile et le mal si aisé à faire[1]. »

Après ces réflexions, empreintes d'un sentiment de mélancolique désillusion, Miot raconte l'accueil qu'il reçut, à son retour à Paris, du premier Consul et des ministres :

« Les intrigues qui s'étaient tramées contre moi pendant le cours de ma mission, le rappel un peu brusque qui y avait mis un terme me faisaient craindre un accueil peu favorable de la part du premier Consul... Son premier abord fut assez agréable. Il me dit sur le ton de la plaisanterie que je métais brouillé avec les ministres, que les ministres n'aimaient pas les administrateurs généraux qui en agissaient à leur tête, qu'enfin j'avais à me réconcilier avec eux. Lorsqu'il eut fini de parler et d'écouter les premières réponses que je lui adressai, je me rapprochai des ministres qui étaient présents, et je vis avec satisfaction que le bon accueil que je venais de recevoir avait déjà opéré à moitié notre raccommodement. La conversation s'engagea alors de nouveau et plus sérieusement sur la mission que je venais de remplir, et sur la Corse en général. On débattit quelques points de ma conduite, le premier Consul prétendit que j'avais été trop bon, que je

[1] *Mémoires*, t. II, p. 2 et suiv.

Digitized by Google

m'étais trop occupé de conciliation et de rapprochement, et qu'un peu de sévérité eût été mieux[1]. »

La paix maritime qui fut conclue à Amiens le 4 germinal an X (25 mai 1802) eut pour effet de rétablir en Corse l'empire de la Constitution.

Les pouvoirs de l'administrateur général expiraient de plein droit. Le gouvernement pourvut aux nécessités de l'ordre public en conférant au général qui commandait la division militaire de la Corse des pouvoirs de police spéciaux.

L'arrêté du 22 nivôse an XI, qui investit le général Morand de ces pouvoirs, indique suffisamment la pensée du gouvernement :

« Art. 1er. — Outre ses fonctions, le général de division commandant la 23e division militaire aura les attributions suivantes dans les départements du Golo et du Liamone :

« 1° Il veillera à l'exécution des lois et arrêtés relatifs à la police;

« 2° Il fera arrêter et traduire devant les tribunaux criminels les contrevenants;

« 3° Il ordonnera et fera exécuter les désarmements des communes ou familles qui sont prévenues d'assassinat ou d'autres délits contre l'ordre public;

« 4° Il fera arrêter et traduire les prévenus devant le tribunal criminel;

« 5° Il décernera des mandats d'amener contre ceux qui sont dans les cas prévus par l'article 46 de l'acte constitutionnel et le § 3 de l'article 45 du sénatus-consulte du 16 thermidor an X;

« 6° Il donnera son avis sur les travaux qui seront proposés et exécutés pour l'ouverture des routes et communications;

« 7° Il fera exécuter, de concert avec les préfets, les lois sur la conscription militaire et la conscription maritime[2]. »

En même temps qu'il prenait les mesures nécessaires pour assurer l'ordre public, le gouvernement se préoccupait de faire disparaître toute trace de l'administration précédente. Les institutions spéciales créées par l'administrateur général Miot, les autorités par lui établies, les attributions

[1] *Mémoires*, t. II, p. 41 et suiv.
[2] *Bull. des lois*, B, 240, n° 2237.

Digitized by Google

qu'il leur avait conférées, en un mot toutes les mesures qui n'avaient pour but ni l'exécution ni l'application des lois de droit commun furent abrogées.

Tel fut l'objet d'un premier arrêté du gouvernement, en date du 21 floréal an XI, ainsi conçu :

« Considérant que la Constitution a repris son empire dans les départements du Golo et du Liamone, et qu'il ne doit plus exister dans ces départements d'autres autorités administratives et judiciaires que celles instituées par les lois, ni d'autres attributions à aucune d'elles que celles qui leur ont été conférées par ces mêmes lois, arrête :

« Art. 1er. — Toutes institutions d'autorités, toutes attributions aux autorités constitutionnelles, qui n'ont pas été faites ou données par la loi, dans les départements du Golo et du Liamone, cesseront au moment de la publication dans lesdits départements du présent arrêté [1]. »

Un second arrêté, en date du 27 fructidor an XI, complète le précédent :

« Art. 1er. — A dater du 1er brumaire an XI, les départements du Golo et du Liamone rentreront sous l'empire de la Constitution;

« Art. 2. — L'administrateur général cessera ses fonctions;

« Art. 3. — Dans le courant de vendémiaire, les tribunaux qui sont annulés par la loi qui met les départements hors de l'empire de la Constitution seront réorganisés [2]. »

Nous avons terminé l'exposé des faits relatifs à la période de l'administration de Miot. Cet ensemble d'actes législatifs et administratifs va nous permettre d'examiner en connaissance de cause quelle est la valeur légale des arrêtés sur le timbre et l'enregistrement.

II

La loi du 22 frimaire an IX qui suspendit en Corse l'empire de la Constitution eut pour effet d'abandonner entre les mains du gouvernement tous les pouvoirs législatifs, judi-

[1] *Bull. des lois*, B, 277, n° 2759.
[2] *Bulletin des lois* de l'an XI, B, 215.

Digitized by Google

ciaires et exécutifs. Le gouvernement en délégua une partie à un administrateur général dont les fonctions et attributions furent déterminées par l'arrêté du 17 nivôse an IX. Cet arrêté a force de loi en raison des pouvoirs exceptionnels dont était investi le gouvernement vis-à-vis de l'île de Corse.

Tous les actes faits par l'administrateur général dans la limite de la loi constitutive de ses pouvoirs sont réguliers et obligatoires. Ceux faits en dehors de ces limites sont illégaux et comme tels dénués de sanction. Les tribunaux ne pourraient pas plus les appliquer qu'ils ne peuvent appliquer les actes ou arrêtés pris par un fonctionnaire de l'ordre administratif en dehors du cercle de ses attributions.

Or l'arrêté pris par l'administrateur Miot, le 21 prairial an IX, pour modifier la quotité des droits d'enregistrement, rentre dans la catégorie des actes de cette nature. Cet arrêté a un caractère législatif. Il dépasse la limite des attributions de l'administrateur général qui n'était pas autorisé à légiférer, mais seulement à administrer et à gouverner.

L'article 5, § 2 de l'arrêté du 17 nivôse an IX (relaté plus haut) porte : « Il (l'administrateur général) pourra prononcer des *degrèvements* ou *remises* sur celles (les contributions) qui existent, soit directes, soit indirectes. »

La faculté de prononcer des dégrèvements ou remises sur des contributions n'implique pas le droit de modifier ces contributions. C'est une attribution administrative et non un pouvoir législatif. En matière de finances les dégrèvements et remises de contributions sont des actes de juridiction gracieuse étrangers au domaine législatif. Ils ne s'appliquent qu'à la perception des contributions et non aux lois qui déterminent ces contributions. L'administration des finances accorde journellement aux contribuables des dégrèvements et remises sur les contributions existantes. Jamais on n'en a tiré argument pour lui attribuer le droit de modifier les lois de finances. Il faut en conclure que l'administrateur Miot, n'étant expressément et limitativement autorisé qu'à « prononcer des dégrèvements ou remises aux contributions existantes », n'avait pas le droit de modifier les lois constitutives de ces contributions.

C'est donc sans pouvoir et sans droit que, le 21 prairial an IX, il a pris un arrêté portant :

Digitized by Google

« Art. 1er. — La loi du 22 frimaire an VII sur l'enregistrement des actes civils, judiciaires, titres de propriété, continuera d'être exécutée, suivant sa forme et teneur, *sauf les modifications suivantes*, etc. »

Où l'administrateur Miot a-t-il pris ce pouvoir de légiférer en matière de finances? De quel arrêté, constitutif de ses pouvoirs, a-t-il tiré ce droit?

On répond que l'administrateur Miot avait si bien le pouvoir législatif qu'il pouvait, en vertu de l'article 3 de l'arrêté du 17 nivôse an IX, faire des règlements portant même peine de mort. Mais on oublie que cette disposition spéciale et unique eût été inutile si le gouvernement avait eu l'intention de l'investir de la plénitude du pouvoir législatif, puisque ce pouvoir implique par lui-même le droit de prendre toutes mesures pénales quelconques. On peut au contraire tirer argument de ce que ce pouvoir est, dans cet article 3, spécialement limité dans sa nature et dans son objet pour en conclure qu'en dehors de ces limites, même en matière pénale, toute mesure législative prise par l'administrateur Miot eût été arbitraire et illégale.

Nous trouvons dans les actes de l'administration de Miot un fait qui vient corroborer cette conclusion. Un de ses arrêtés, en date du 23 floréal an X (voir ci-dessus), porte qu'il sera sursis à toute poursuite criminelle quand l'inculpé invoquera un traité de paix.

Cette suspension de poursuites en matière criminelle, prescrite pour certain cas déterminé, constitue une modification des règles de droit commun en matière de procédure, et par conséquent une mesure d'ordre législatif.

Si l'administrateur Miot était, dans la pensée du gouvernement, investi du pouvoir législatif, cet arrêté n'a pu être abrogé ou rapporté que par un acte de même nature. Si, au contraire, cet arrêté sortait des limites restreintes de ses attributions, en matière législative, il ne constitue qu'un acte abusif et sans effet, dont il suffira de signaler la nullité, à titre de renseignement, par voie de circulaire ou autrement, à ceux qui pourraient être abusés par l'apparence officielle de ce document.

C'est ce dernier parti que prit le gouvernement lorsque, après le départ de l'administrateur Miot, certains accusés vou-

Digitized by Google

lurent se prévaloir de cet arrêté. Le gouvernement ne l'abrogea pas, puisqu'il n'avait pas d'existence légale. Le ministre de la justice se borna à faire informer les commissaires du gouvernement près les tribunaux et les populations, qu'ils devaient considérer cet arrêté comme nul et non avenu. Voici la proclamation que publia, à ce sujet, le général Morand :

« 23e division militaire.

« Au quartier général à Ajaccio, 11 thermidor an XI de la République française.

« Morand, général de division, inspecteur et commandant en chef aux commissaires du gouvernement près les tribunaux criminels spéciaux du Golo et du Liamone.

« Le grand juge, ministre de la justice, m'annonce, par sa lettre du 6 floréal, que le gouvernement, bien loin de donner son approbation à l'arrêté pris par l'administrateur général Miot, le 23 floréal an X, veut, au contraire, que l'autorité légitime fasse connaître à toute la Corse, que cet arrêté est, pour l'avenir, considéré comme non avenu.

« Il ajoute, citoyen commissaire, que, quelque grave que puissent être les délits de ceux qui, sur la foi de cet arrêté, sont demeurés dans une sécurité profonde, il serait contre la foi publique qu'on profitât de cette sécurité pour les arrêter et les mettre en jugement. Loin qu'on doive s'abandonner par la suite à un aussi funeste relâchement, le gouvernement veut, au contraire, que les crimes soient poursuivis avec la plus grande rigueur, que les tribunaux y mettent toute la célérité que peut comporter la procédure criminelle, qu'ils se montrent inflexibles dans la punition des crimes, lorsqu'une fois ils sont poursuivis.

« Les accommodements qui peuvent avoir lieu entre l'assassin et les parents ou héritiers de l'homicidé ne forment point une considération capable d'enchaîner la vengeance publique; elle est indépendante de toutes les transactions privées; l'offensé ou ses héritiers peuvent bien faire remise de la satisfaction personnelle qui leur est due, mais non de celle qui est due à la loi.

« Le gouvernement est loin de vouloir empêcher que l'administration ne favorise de tout son pouvoir ces arrange-

Digitized by Google

ments qui se font entre les familles, parce qu'ils préviennent le mal affreux des vengeances héréditaires ; mais en favorisant ce moyen d'arrêter le cours des vengeances privées, la vindicte publique doit toujours conserver son imprescriptible droit. »

Il résulte de ce document que le gouvernement ne considérait pas l'administrateur Miot comme investi de la plénitude du pouvoir législatif. Il ne lui avait conféré partie de ce pouvoir que pour certains objets spécialement et expressément déterminés. Pour tout le reste, le gouvernement s'en était réservé l'exercice en vertu du droit que lui avait attribué la loi du 22 frimaire an IX.

Cela est si vrai, qu'il a usé de ce droit, seul et directement, pendant toute la période de l'administration de Miot, tantôt en continuant à soumettre, comme par le passé, des projets de loi au Corps législatif et au Tribunat, tantôt en légiférant lui-même par voie d'arrêtés.

C'est ce qui résulte d'abord d'une loi du 13 pluviôse an IX, ainsi conçue, qui autorise la commune d'Ajaccio à vendre des biens communaux :

« Au nom du peuple français, Bonaparte, premier Consul, proclame loi de la République le décret suivant rendu par le Corps législatif, le 13 pluviôse an IX, conformément à la proposition faite par le gouvernement le 3 du même mois, communiqué au Tribunat le lendemain.

DÉCRET.

« Art. 1er. — La commune d'Ajaccio, département du Liamone, est autorisée à vendre une partie des biens communaux qu'elle possède, jusqu'à la concurrence de la valeur d'une somme de 50,000 francs.

« Art. 2. — La désignation des biens à vendre sera faite par le conseil général de la commune, et la vente aura lieu, par enchère publique, au plus offrant et dernier enchérisseur.

« Art. 3. — Le produit en sera versé dans la caisse du receveur général du département, et employé exclusivement aux travaux nécessaires pour conduire dans cette commune les eaux qui manquent à la consommation de ses habitants,

Digitized by Google

d'après les plans et devis qui seront arrêtés par le gouvernement [1]. »

Si l'administrateur Miot était investi du pouvoir législatif, qu'était-il besoin de l'intervention du gouvernement pour autoriser la commune d'Ajaccio à vendre des biens communaux? Un simple arrêté de l'administrateur général ne suffisait-il pas?

Cette loi cependant n'est pas une exception. Toutes les fois qu'une mesure législative est nécessaire, le gouvernement la prend directement, et sans qu'il y soit fait mention de l'administrateur Miot.

C'est ainsi que les consuls prennent des arrêtés : 1° le 6 prairial an X, pour l'exécution des lois sur l'importation et l'exportation dans les départements du Golo et du Liamone [2]; 2° le 19 fructidor an X, sur les assemblées des cantons et les colléges électoraux [3]; 3° le 20 vendémiaire an XI, sur les droits payables à la sortie des vins de Corse pour l'étranger [4]. C'est ainsi encore que, chaque année, les lois de finances fixent, pour les départements du Golo et du Liamone, comme pour les autres départements, la base et la répartition de l'impôt [5]. L'administrateur général de la Corse n'intervient en aucune manière dans ces actes qui, par leur caractère législatif, échappent à sa compétence.

Enfin, de même que le ministre de la justice considérait comme non avenu l'arrêté du 23 floréal an X, relatif aux poursuites en matières criminelles, l'administration des contributions directes considéra comme nul et non avenu l'arrêté du 22 thermidor an X (rapporté plus haut), fixant un mode spécial de répartition de l'impôt foncier. Après le rétablissement de l'empire de la Constitution, l'administration des contributions directes, ne tenant aucun compte de cet arrêté, rétablit en Corse le mode de répartition adopté pour tous les autres départements français. Il en est de même de

[1] *Bull. des lois* pour l'an XI, B, 67, n° 515.
[2] *Bull. des lois* pour l'an X, B, 193.
[3] *Bull. des lois* pour l'an XI, B, 213.
[4] *Bull. des lois* pour l'an XI, B, 220.
[5] Arrêté du 7 ventôse an IX, (*Bull.* 73, n° 551). — Loi du 21 ventôse an XI (*Bull.*, 74, n° 571).

Digitized by Google

l'arrêté du 21 prairial an IX sur la contribution des patentes dont l'administration n'a depuis tenu aucun compte.

De tout ceci, il ressort que le gouvernement n'a pas entendu investir l'administrateur Miot du pouvoir législatif.

C'est donc par erreur qu'en 1857, M. le ministre Abbatucci (qui mieux que personne cependant connaissait les choses de la Corse) considérait « les actes de son gouvernement comme ayant un caractère législatif», et ajoutait que « ses arrêtés ont été consacrés par l'adhésion tacite de tous les gouvernements ».

Nous avons suffisamment répondu à ces affirmations, et les documents que nous avons cités ou reproduits permettent de penser que ces deux arrêtés de l'administrateur Miot, qui outrepassaient les limites de ses pouvoirs, nettement définis par l'arrêté de 17 nivôse an IX, doivent être considérés comme nuls et non avenus. Le silence des gouvernements n'a pu donner à ces actes une vitalité et une force qu'ils n'avaient pas à l'origine.

Comment se fait-il que l'administration de l'enregistrement ait continué jusqu'à ce jour, à son propre préjudice, à appliquer celui des actes de l'administration de Miot qui est le plus manifestement nul, l'arrêté du 21 prairial an IX modifiant la loi du 22 prairial an VII, arrêté pris sans mandat, sans droit, sans délégation, sans pouvoir ?

Cette pratique silencieuse et continue de l'administration de l'enregistrement paraît avoir frappé la Cour de cassation, et M. le conseiller Dupré-Lasale l'a signalée dans son rapport.

Nous avons fait de nombreuses recherches pour arriver à découvrir les motifs qui ont déterminé l'administration de l'enregistrement à accepter et à appliquer en Corse cette dérogation aux lois de droit commun. Nos recherches sont demeurées sans résultat : répertoires, bulletins, journaux, décisions, circulaires, instructions, tous les documents administratifs sont muets sur ce point, qui a cependant quelque importance.

Seul, le *Journal de l'enregistrement* de Fessard (t. XLVII, n° 7,133), contient la note suivante :

« L'île de Corse, quoique n'étant pas soumise au régime des colonies, a des règlements particuliers qui modifient le tarif de droits de timbre et d'enregistrement, et qui en réduisent les

Digitized by Google

quotités. On n'a pas considéré jusqu'ici la loi du 28 avril 1816 comme abrogeant ces règlements, et les actes passés en Corse ont leurs effets en France, sans y être assujettis au tarif français. S. E. le ministre des finances, après avoir pris l'avis de Mgr le garde des sceaux, a statué, à cet égard, le 12 mai 1817, que la continuation de l'état de choses en Corse, tel qu'il existait avant la loi du 28 avril 1816, résulte implicitement de l'article 77 de cette loi, qui confirme les lois, décrets et ordonnances auxquels il n'est pas dérogé et qui régissent les perceptions. »

Cette note constate que l'administration de l'enregistrement n'a cessé d'appliquer en Corse les arrêtés Miot et que la loi du 28 avril 1816 ne les a pas abrogés. Mais il reste à connaître les motifs qui ont déterminé l'administration à leur attribuer force obligatoire. Ce sont ces motifs qu'on ne trouve nulle part[1].

L'administration a-t-elle assimilé les arrêtés Miot du 1er floréal et du 21 prairial an XI aux décrets inconstitutionnels qui ont force légale pour n'avoir pas été attaqués dans les formes et les délais fixés par la Constitution? Mais il ne peut être ici question d'inconstitutionnalité, puisque la Constitution était alors suspendue dans l'île de Corse. L'assimilation pécherait par la base même. Le gouvernement était alors investi, en vertu de la loi du 22 frimaire an IX, d'un pouvoir dictatorial. Les décrets ou arrêtés qu'il a pris pendant cette période ne peuvent être attaqués au point de vue de la légalité.

Il n'en est pas de même des arrêtés pris par l'administrateur Miot. Ce fonctionnaire était investi, en vertu de l'arrêté du 17 nivôse an IX, d'une partie des pouvoirs du gouvernement, mais d'une partie seulement. Ce n'était pas un dictateur, mais une sorte de préfet à pouvoirs étendus. Les arrêtés pris par lui en dehors des limites de ses pouvoirs sont nuls de plein droit comme le seraient les arrêtés que prendrait un préfet en dehors des pouvoirs qui sont conférés.

[1] V. notamment : *Répert. général de l'enregistrement*, par Garnier, v° Corse, n° 607 et suiv. (5e édit.); *Dict. de l'enregistrement*, par H. Fessard, v° Corse, Paris, 1854; *Répert. périodique* de Garnier, n° 4412, année 1876.

Digitized by Google

Cet argument que nous invoquons pour contester la légalité des arrêtés Miot des 1er floréal et 21 prairial an IX a été consacré implicitement et explicitement par la Cour de cassation dans les espèces suivantes :

Le 16 décembre 1834, la Cour a décidé qu'un arrêté du général Leclerc modifiant la législation civile en matière de succession, dans l'île Saint-Domingue, était légal. Mais l'arrêt s'appuie sur ce motif que le général Leclerc, gouverneur de Saint-Domingue, était investi, par l'arrêté des consuls du 13 brumaire an X, du droit de pourvoir par des règlements à la *législation* de cette île[1].

Le 13 mars 1832, la Cour a jugé qu'on ne doit pas reconnaître force obligatoire au décret du 12 février 1814, rendu par l'impératrice Marie-Louise, qui modifie certaines dispositions du Code de commerce, parce que les pouvoirs qui lui avaient été délégués ne comprenaient pas le pouvoir de légiférer.

On remarquera l'analogie qui existe entre cette espèce et la nôtre :

« Attendu, porte l'arrêt[2], que l'impératrice Marie-Louise n'avait, comme régente, que les pouvoirs qui lui avaient été délégués par les lettres patentes qui avaient institué la régence, que sans qu'il soit nécessaire de rechercher quelles étaient à cette époque les limites constitutionnelles de l'autorité impériale, il est manifeste que l'empereur n'avait délégué, par ces lettres patentes, qu'une portion du pouvoir exécutif proprement dit; qu'il avait même interdit à la régente le droit de provoquer des sénatus-consultes, de proposer et de promulguer des lois;

« Attendu que le décret du 12 février 1814, en ajoutant aux dispositions du Code de commerce, à peine de nullité, excède évidemment les bornes du pouvoir exécutif et statue sur des choses qui sont du domaine de la puissance législative;

« Attendu d'ailleurs que, si les décrets rendus par l'empereur acquéraient l'autorité législative, lorsqu'ils n'avaient

[1] 16 décembre 1834, ch. des req. (Moutaugé *c.* le Senecal). — V. *Rép.* de Dalloz, v° Lois, n° 58 en note.

[2] 13 mars 1832, ch. des req. (faillite Gentil *c.* Pierre). — V. *Rép.* de Dalloz, v° Lois, n° 59 en note.

Digitized by Google

été annulés constitutionnellement pour excès de pouvoir, il ne saurait en être de même de décrets rendus par l'impératrice régente au delà des termes de sa délégation;

« Que, dès lors, ledit décret n'a pas été compris au nombre des lois existantes dont la Charte constitutionnelle a maintenu l'exécution;

« D'où il suit qu'en décidant que ledit décret n'a point force de loi, la Cour royale de Nancy n'a violé aucune disposition législative, mais a fait une juste application des principes de la matière.

« Par ces motifs, rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Nancy du 20 décembre 1830. »

Comme dans notre espèce l'impératrice régente était investie du droit de prendre des mesures de *gouvernement* et d'*administration*, mais non de *législation*. Comme dans notre espèce elle a outre-passé les limites de ses pouvoirs en prenant une mesure purement législative, portant modification à la législation existante. La Cour de cassation a décidé que cette mesure n'a pas force obligatoire. Les mêmes motifs de décider n'existent-ils pas à l'égard des arrêtés Miot des 1er floréal et 21 prairial an IX?

Veut-on considérer les actes illégaux de l'administration Miot comme couverts, ou plutôt consacrés, pour employer l'expression de M. le ministre Abbatucci, par l'adhésion tacite des gouvernements. Il ne faudrait tenir aucun compte ni de la proclamation du général Morand reproduite plus haut, ni de la pratique constante de l'administration des contributions directes, ni des motifs de la disgrâce de l'administrateur Miot, disgrâce que le premier Consul justifiait en disant : Que les ministres n'aimaient pas les administrateurs généraux qui en agissaient à leur tête.

Et quand même on établirait que le gouvernement a tacitement, sinon expressément, donné son adhésion aux arrêtés des 1er floréal et 21 prairial an IX modifiant la loi du 22 frimaire an VII sur l'enregistrement, et que cette adhésion tacite a suffi pour donner à ces arrêtés une force légale, il resterait encore à savoir si ces arrêtés n'ont pas été abrogés. C'est cette seconde question qu'il nous reste à examiner.

La suspension de la Constitution dans l'île de Corse étant temporaire, les mesures qui en ont été la conséquence

Digitized by Google

avaient un caractère essentiellement temporaire. Les lois de droit commun devaient reprendre leur empire à une époque déterminée, et la loi du 22 frimaire an IX fixait cette époque à la conclusion de la paix maritime. Dès là proclamation de la paix maritime, le gouvernement a déclaré, dans deux arrêtés successifs[1], que les mesures exceptionnelles prises pendant la suspension de la Constitution par l'administrateur Miot cessaient d'avoir effet. La Constitution reprend son empire, portent les arrêtés, et il ne doit plus exister d'autres autorités, ni d'autres attributions que celles instituées et conférées par les lois. Qu'est-ce à dire sinon que les mesures exceptionnelles prises pendant la suspension de la Constitution ne devaient pas survivre au rétablissement du droit commun ?

Dès lors n'est-ce pas le cas d'appliquer le principe que les lois faites pour un temps limité sont virtuellement abrogées à l'expiration de ce temps[2] ?

Ne peut-on pas dire aussi que les arrêtés Miot, en matière d'enregistrement, étant inconciliables avec les principes de la Constitution de l'an VIII, le rétablissement de cette Constitution en Corse a eu pour effet leur abrogation tacite? Cette inconciliabilité résulte de ce que les arrêtés Miot en cette matière sont en contradiction avec le principe de l'égalité des charges et des contributions et de l'égale répartition des impôts entre les citoyens.

Enfin ne peut-on pas encore invoquer ce principe que la cessation des motifs d'une loi en entraîne de plein droit l'abrogation ?

« Une loi cesse d'être obligatoire, dit Merlin[3], non-seulement lorsque le législateur l'a abrogée par une disposition expresse, non-seulement lorsqu'elle est suivie d'une autre loi qui lui est contraire, mais encore lorsque l'ordre de choses pour lequel elle avait été faite n'existe plus, et que, par là,

[1] V. arrêté du 21 floréal et 27 fructidor an XI rapportés plus haut.

[2] V. *Rép. de jurispr.* de Dalloz, v° Lois, n° 544. — Merilhou, *Encycl. du droit*, v° Abrogation, n° 15.

[3] *Quest. de droit*, v° Tribunal d'appel, § 3. — Conf. *Rép. de jurispr.* de Dalloz, v° Lois, n° 545, — Mérilhou, *Encycl. du droit*, v° Abrogation, n° 15. — Demolombe, t. 1, n° 129. — Crim. cass., 11 décembre 1845, aff. Boyer (D. P., 46, 4, 356). — Crim. cass., 10 pluviôse an XII (aff. Lambin c. Seyle).

Digitized by Google

cessent les motifs qui l'avaient dictée : *ratione legis omnino cessante, cessat lex*, disent tous les interprètes. »

En l'espèce, il suffit de rappeler la situation exceptionnelle de la Corse, l'état de trouble permanent, l'esprit réfractaire et hostile des populations, la fréquence des insurrections, en un mot l'ensemble des faits politiques qui ont donné lieu aux mesures prises par l'administrateur Miot pour se convaincre que cet état de choses ayant cessé, les motifs qui ont déterminé les arrêtés pris en matière de contributions n'existent plus.

Nous ne nous dissimulons pas que la question de la légalité des arrêtés Miot ne se présentera probablement plus devant la Cour de cassation, et que l'état de choses actuel subsistera jusqu'à ce qu'un acte du législateur replace la Corse sous l'empire du droit commun en matière de contributions. Aussi n'est-ce qu'à titre de renseignement et pour marquer l'importance de la question que nous terminons ce travail par deux tableaux statistiques indiquant, le premier, l'influence des arrêtés Miot, en matière d'enregistrement, sur le développement de l'esprit processif; le second, les conséquences financières du régime d'impôts spécial au département de la Corse.

Extrait du compte rendu de la justice civile, publié par le ministère de la justice (1872-1873).

En 1872, les affaires civiles portées devant les juges de paix ont été, en Corse, de.	13,143
Et dans les autres départements, pour une même population, de.	2,912
En 1873, les affaires civiles portées devant les juges de paix ont été, en Corse, de.	13,735
Et dans les autres départements, pour une même population, de.	2,868

En 1872, le nombre des inculpés de simple police, à la requête de parties civiles, a été, en Corse, de.		2,709
Et dans les autres départements, pour une même population, de.		22
C'est-à-dire que sur le nombre total des inculpés pour toute la France, soit.	5,896	
La Corse seule en comptait.	2,709	

Digitized by Google

En 1873, le nombre des inculpés de simple police, à la requête de parties civiles, a été, en Corse, de. 2,340
Et dans les autres départements, pour une même population, de. 23
C'est-à-dire que sur le nombre total des inculpés pour toute la France, soit. 5,536
La Corse seule en comptait. 2,340

La même proportion se retrouve dans les comptes rendus de 1874 et de 1875.

Budget du département de la Corse (1851-1871).

Extrait des comptes rendus annuels publiés par le ministère des finances sous le titre de : Compte général de l'administration des finances. — Service de la trésorerie.

ANNÉES.	RECETTES faites dans le département.	DÉPENSES faites dans le département.	DÉFICIT au préjudice du Trésor.
1851	1.834.510,55	6.923.584,47	5.089.073,92
1852	1.750.920,38	6.714.148,87	4.963.228,49
1853	1.785.162,61	7,280,272,40	5,495.109.79
1854	2.644.212,74	8.324.824,62	5.680.611,88
1855	3.380.780,54	8.843.760,79	5.542.980,25
1856	2.951.318,19	9.198.951,59	6.247.633,40
1857	2.518.677,01	9.041.754,02	6.523.079,01
1858	2.496.542,22	9.225.673,84	6.729.131,62
1859	2.985.302,18	9.779.943,90	6.794.641,72
1860	2.566.732,63	9.588.677,59	7,021.944,96
1861	2.700.218,77	10.390.195,79	7.689.977,02
1862	2.882.112,64	11.046.108,09	8.163.995.43
1863	3.396.810,74	11.114.726,57	7.717.915,83
1864	3.045.121,26	11.164.439,47	8.119.318,21
1865	3.173.005,56	11.282.986,37	8.110.980,81
1866	3.235.126,37	11.701.580,78	8.466.454,41
1867	3.274.557,37	12.062.668,86	8.788.111,49
1868	3.636.291,97	12.422.116,45	8.785.824.48
1869	4.032.848,82	13.443.692,95	9 410.844.13
1870	3.993.775,48	13.231.759,78	9.237.984,30
1871	4.822.062,85	12.360.275,61	7.538.212,76

V. JEANVROT.

Digitized by Google

DE LA NÉCESSITÉ DE L'UNIFORMITÉ DES LOIS

SUR

LES MARQUES DE FABRIQUE OU DE COMMERCE EMBLÉMATIQUES ET SUR LE NOM COMMERCIAL

Par M. Ch. Lyon-Caen, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Les marques dont se servent les fabricants ou les commerçants pour indiquer par un signe matériel l'origine des produits qu'ils ont fabriqués ou le passage de produits par leurs mains, sont de deux espèces différentes : les unes consistent dans des signes de fantaisie créés par celui qui les emploie ou pris par lui dans le domaine public (emblèmes, chiffres, lettres, reliefs, etc.); les autres consistent dans le nom même du fabricant ou du commerçant apposé par lui sur ses produits. L'emploi de ces deux sortes de marques a le même but; le législateur a, pour les protéger, les mêmes motifs. On pourrait par suite croire qu'elles sont régies par des règles semblables. Il n'en est pourtant pas ainsi; la législation française traite, sous de nombreux rapports, les marques emblématiques et le nom commercial apposé sur les produits d'une façon profondément différente. Les différences que consacrent la loi du 28 juillet 1824 *relative aux altérations ou suppositions de noms sur les produits fabriqués* et celle du 23 juin 1857 *sur les marques de fabrique et de commerce* sont, à l'exception d'une seule, absolument arbitraires. Elles se justifient d'autant moins que le nom commercial se transforme très-facilement en marque emblématique; il suffit pour cela qu'il reçoive une forme distinctive (art. 1 L. 23 juin 1857). Il serait indispensable de faire disparaître ces diversités et d'établir une assimilation rationnelle entre les deux grandes sortes de marques. Il serait utile en même temps de résoudre pour le nom commercial des questions encore litigieuses sur lesquelles la loi du 23 juin 1857 a pris le soin de statuer pour les marques emblématiques.

L'examen que nous allons faire des différences qui existent entre ces deux matières et la constatation des lacunes auxquelles nous faisons allusion convaincront de la nécessité

Digitized by Google

d'une réforme de notre législation. Nous indiquerons en même temps de quelle manière, à notre sens, l'assimilation devrait être opérée et les lacunes comblées.

Les différences que font nos lois entre les marques emblématiques et le nom commercial sont les suivantes :

1. L'action en contrefaçon d'une marque emblématique n'est recevable qu'après que le dépôt en a été effectué au greffe du tribunal de commerce ou du tribunal civil qui en tient lieu (art. 2 L. 23 juin 1857). L'exercice de l'action en usurpation du nom commercial n'est subordonné à aucune condition de ce genre.

Cette différence se conçoit parfaitement. Il est utile qu'une formalité serve à notifier pour ainsi dire au public intéressé qu'un commerçant ou un fabricant entend user, à l'exclusion de tous autres, d'un signe à titre de marque. Autrement, cette intention pourrait être ignorée, et un grand nombre de personnes pourraient, sans le savoir, commettre une contrefaçon. On ne peut, au contraire, guère supposer la bonne foi quand il s'agit d'un individu qui use du nom commercial d'autrui. Personne n'ignore évidemment qu'un fabricant entend se réserver l'usage exclusif du nom qu'il appose sur ses produits. Le dépôt doit donc être conservé pour les marques emblématiques, et ne pas être exigé pour le nom commercial.

2. L'action civile en dommages-intérêts est de la compétence des tribunaux civils en matière de contrefaçon de marques emblématiques (art. 16 L. 23 juin 1857). Elle est de la compétence des tribunaux de commerce en matière d'usurpation du nom commercial. Il est vrai que M. Pouillet (*Traité des marques de fabrique*, etc., n° 442) prétend qu'aujourd'hui la compétence est civile même pour l'usurpation du nom commercial. Il considère que sur ce point comme, selon lui, sur beaucoup d'autres, la loi de 1857 a modifié celle de 1824. Peut-être le législateur eût-il bien fait de consacrer ces modifications; mais on ne peut pas les sous-entendre, sous peine de tomber dans le plus absolu arbitraire.

La règle admise pour la compétence en matière de nom commercial est conforme aux principes généraux selon lesquels les tribunaux de commerce sont compétents pour statuer sur les actions en dommages-intérêts fondées sur

Digitized by Google

des délits commis par des commerçants dans l'exercice de leur commerce (art. 631 et 638 C. com.). Les raisons alléguées pour déroger à ces principes en matière de marques sont bien peu décisives. Les tribunaux de commerce, dit-on, n'ont pas compétence pour statuer sur des questions de propriété. On oublie que ces tribunaux statuent sur ces questions, quand elles se rattachent à des contestations de leur compétence. On a aussi objecté que la loi s'appliquant aux marques apposées sur des produits agricoles, la compétence attribuée aux tribunaux consulaires ferait soumettre à une juridiction exceptionnelle des personnes étrangères au commerce. En donnant cet argument, on oublie que les produits de l'agriculture, comme ceux de l'industrie manufacturière, peuvent être l'objet d'un commerce. Du reste, ce qu'il faudrait, ce serait, non pas d'attribuer une compétence exclusive aux tribunaux de commerce, mais soumettre seulement cette matière à l'application des principes du droit commun. Ainsi, si, par hasard, une action en dommages-intérêts pour contrefaçon d'une marque était exercée à raison d'une opération n'ayant rien de commercial, la compétence des tribunaux civils devrait être reconnue.

Ce qui, en définitive, paraît avoir entraîné le législateur français à exclure la compétence commerciale en matière de marques, c'est qu'elle n'est pas admise pour la plus importante branche de la propriété industrielle; la loi du 5 juillet 1844 (art. 34, 2e al.) l'écarte pour la contrefaçon des inventions brevetées. On a voulu établir une sorte d'uniformité. Il n'est pas niable qu'il y aurait un certain avantage à trancher de la même manière les questions identiques qui se présentent pour les diverses branches de la propriété industrielle. L'uniformité devrait seulement consister à reconnaître en toutes ces matières la compétence commerciale.

C'est en ce sens que récemment s'est prononcée une commission de la Chambre des représentants de Belgique. Un projet de loi sur les marques de fabrique et de commerce, déposé par le gouvernement belge le 28 novembre 1876 (art. 13), admettait, à l'imitation de la loi française, la compétence civile. La commission lui a substitué la compétence commerciale, et, dans son rapport, elle déclare avec bien

Digitized by Google

grande raison que « *les questions relatives à la propriété des* « *marques de fabrique ou de commerce, à leur contrefaçon, à* « *l'étendue du dommage que celle-ci peut engendrer, sont en* « *quelque sorte par essence des questions commerciales. Si l'on* « *devait restreindre la compétence des tribunaux de commerce,* « *ces questions sont les dernières dont il faudrait leur enlever la* « *connaissance*[1]. »

3. La loi sur les marques emblématiques de 1857 a été faite, à l'exception d'une seule disposition, dans l'intérêt des fabricants et des commerçants, non dans celui des consommateurs. Aussi est-il généralement reconnu qu'un consommateur trompé par une marque contrefaite ne peut pas se porter partie civile devant le tribunal correctionnel saisi de l'action publique intentée contre le contrefacteur. Au contraire, la loi du 28 juillet 1824 ayant été faite, d'après de nombreuses déclarations, aussi bien dans l'intérêt des consommateurs que dans celui des producteurs, le consommateur lésé par une usurpation de nom pourrait, comme le producteur victime de cette usurpation, se joindre à l'action publique.

Dans un intérêt de simplification, il serait fort utile qu'il fût admis que toute contrefaçon de marque, comme toute usurpation de nom, lésant en définitive à la fois le producteur et les consommateurs, permet aux seconds comme au premier de se porter parties civiles.

4. Les faits réprimés comme portant atteinte à la propriété de la marque emblématique et ceux qui sont punis comme violant la propriété du nom commercial ne sont pas les mêmes. A cet égard on peut signaler deux différences.

A. En matière de marques emblématiques, la loi de 1857 (art. 7) distingue la fabrication de l'usage de la marque contrefaite. Au contraire, le fait de fabriquer une marque, consistant dans le nom d'autrui, n'est pas un délit; ce que la loi réprime seulement, c'est le fait d'apposer ou de faire apparaître sur des produits le nom d'autrui.

[1] Chose singulière! En France, lors de la discussion de la loi de 1857, un incident tout contraire s'est produit. Le projet du gouvernement admettait la compétence commerciale; ce fut la commission du Corps législatif qui lui substitua celle des tribunaux civils.

Digitized by Google

B. La loi de 1857 punit moins l'imitation frauduleuse d'une marque emblématique que sa contrefaçon, et par suite elle réprime aussi moins sévèrement l'apposition d'une marque frauduleusement imitée que celle d'une marque contrefaite. Il n'y a rien de pareil pour le nom commercial. L'apposition sur un produit d'un nom commercial imité frauduleusement est punie exactement des mêmes peines que celle du nom commercial contrefait, c'est-à-dire reproduit exactement et complétement sans aucune modification.

Il n'est pas douteux que le système admis, à ce point de vue, pour le nom commercial, est à la fois plus rationnel que le système consacré pour les marques emblématiques et seul conforme aux principes généraux du droit en matière de contrefaçon.

En fait, celui qui veut attirer la clientèle d'un concurrent en usurpant la marque ou le nom de celui-ci, ne le reproduit guère servilement. Il cherche toujours à ménager quelque différence, pour l'alléguer à titre de défense contre les poursuites dont il peut être l'objet. On ne voit d'ailleurs pas pour quelle raison celui qui, par une fraude habilement organisée, cherche à donner le change au juge, serait considéré comme moins coupable que l'individu qui reproduit brutalement, sans aucune modification, la marque ou le nom d'autrui.

5. Par une singularité peut-être encore plus grande, les mêmes peines ne sont pas prononcées contre la contrefaçon des marques emblématiques et contre l'usurpation du nom commercial. D'après l'article 7 de la loi du 23 juin 1857, la contrefaçon et l'usage d'une marque contrefaite sont punis d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 50 francs à 3,000 francs dont le chiffre est indépendant du montant des dommages-intérêts alloués à la partie lésée. Pour les atteintes portées au nom commercial, la loi de 1824 édicte les peines prononcées par l'article 423 du Code pénal pour la tromperie sur la nature des marchandises. Ces peines sont un emprisonnement de trois mois au moins, d'un an au plus et d'une amende qui ne peut excéder le quart des restitutions et dommages-intérêts ni être au-dessous de 50 francs, etc.

Digitized by Google

Cette différence dans les peines est irrationnelle. S'il devait y en avoir une, elle devrait être en sens contraire. L'usurpation du nom commercial est plus dangereuse, en ce qu'avec elle la confusion est plus inévitable pour les consommateurs.

6. Au point de vue de la protection internationale, les règles de la législation française sur les marques emblématiques et sur le nom commercial sont très-divergentes. En matière de marques emblématiques, la protection de la loi française est indépendante de la nationalité de leur propriétaire; les marques des fabricants ou des commerçants étrangers sont protégées de la même manière que celles des Français. La distinction entre ce qu'on appelle dans l'usage *les marques étrangères et les marques françaises* repose exclusivement sur le pays dans lequel les propriétaires des marques *possèdent des établissements d'industrie ou de commerce*. Les étrangers qui en possèdent sur le territoire français jouissent du bénéfice de la loi du 23 juin 1857 sans aucune condition spéciale, en remplissant la formalité du dépôt (art. 5). Au contraire, les Français, aussi bien que les étrangers, ne sont protégés que sous la condition de la réciprocité diplomatique ou légale (L. 30 novembre 1873, art. 9), dès l'instant que les uns ou les autres n'ont point d'établissement en France.

Pour le nom commercial, notre législation fait abstraction du pays où se trouve l'établissement du propriétaire du nom, pour ne s'attacher qu'à la nationalité. La loi de 1824 s'applique même au profit des Français n'ayant d'établissement qu'à l'étranger. En revanche, le nom commercial des étrangers, même possédant un établissement en France, n'est protégé que sous la condition de la réciprocité diplomatique ou légale (art. 9 L. 30 novembre 1873).

On ne saurait assurément donner un motif rationnel quelconque expliquant que pour le nom commercial on s'attache à la nationalité du propriétaire du nom, tandis que, pour les marques emblématiques, on prend en considération la situation de l'établissement commercial ou industriel. A défaut de réciprocité diplomatique ou légale, l'étranger ayant un établissement en France pourra voir usurper impunément son nom commercial; un étranger du même pays établi aussi en France y sera au contraire protégé, s'il a eu le soin

Digitized by Google

de n'apposer son nom sur ses produits que sous une forme distinctive même la plus simple!

Il faudrait absolument que le législateur français optât entre l'un ou l'autre système. Celui qui est appliqué aux marques emblématiques est de beaucoup préférable. L'étranger qui a en France un établissement commercial ou industriel contribue au développement de la richesse nationale; en le protégeant, c'est à l'industrie française que la loi accorde en réalité sa protection. Au contraire, l'intérêt de l'industrie nationale n'exige nullement l'application des lois françaises protectrices des marques aux Français qui, par le pays où ils ont créé leurs établissements, sont devenus en réalité étrangers à la France.

Comme nous l'avons dit au début de ces observations, la législation française sur le nom commercial ne présente pas seulement des différences dépourvues de tout motif rationnel avec la législation sur les marques emblématiques. La loi sur le nom commercial offre en outre des lacunes fâcheuses qu'on ne rencontre pas dans la loi du 23 juin 1857 relative aux marques emblématiques. Aussi d'assez importantes questions résolues en matière de marques emblématiques sont encore l'objet de controverses en matière de nom commercial.

Ainsi, d'après son titre même, la loi du 23 juin 1857 régit les marques de commerce comme les marques de fabrique; cette loi protége les marques apposées sur des produits même purement agricoles, tels que les grains, les animaux, etc... En est-il de même pour le nom commercial? On peut hésiter beaucoup sur l'une et sur l'autre question, en présence du texte même de la loi de 1824 qui parle *de produits fabriqués.*

Il est un autre point sur lequel le silence de la loi de 1824 est également fâcheux. Comme la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention, la loi du 23 juin 1857 donne à celui qui croit avoir à se plaindre d'une contrefaçon le moyen de faire par avance constater les faits qui portent atteinte à ses droits. La partie, qui se prétend lésée par la contrefaçon de sa marque, peut faire opérer la saisie des objets revêtus de la marque prétendue contrefaite (L. 23 juin 1857, art. 17 et 18). Rien de pareil n'existe pour l'usurpation du nom commer-

Digitized by Google

cial. Sans doute, en vertu des principes généraux du Code d'instruction criminelle, quand des poursuites correctionnelles sont exercées contre l'usurpateur d'un nom commercial, les officiers de police judiciaire peuvent opérer la saisie; mais cette mesure ne peut pas être prise comme moyen d'empêcher la disparition des preuves de la contrefaçon. Il y a là une lacune assez grave au point de vue pratique; il importerait de la combler. M. Pouillet a, il est vrai, soutenu que la procédure indiquée par la loi de 1857 s'applique virtuellement aux usurpations du nom commercial. Il y a là une application de la théorie bien aventureuse du savant auteur qui complète la loi de 1824 par celle de 1857.

Un Congrès de la propriété industrielle s'est réuni récemment à Paris [1]. Il s'est occupé des marques de fabrique et de commerce et du nom commercial. Il a émis un vœu formel tendant à ce que, *sous tous les rapports, autres que celui du dépôt, le nom soit assimilé aux marques.*

BIBLIOGRAPHIE.

MŒURS JUDICIAIRES DE LA FRANCE

DU XVIe SIÈCLE AU XIXe,

Par M. Charles Bataillard.

Compte rendu par M. A. Gervais, avocat.

Ce livre est une collection d'études sur des sujets qui peuvent, à première vue, paraître disparates et même un peu *fantaisistes*, mais dont la licence morale ne tarde pas à se dévoiler, car tous se rattachent intimement au but de l'auteur qui désire, par la comparaison du présent et du passé, faire ressortir la preuve des immenses progrès accomplis et de l'amélioration constante de nos *mœurs judiciaires.*

Les travaux antérieurs de M. Bataillard l'avaient de longue main préparé à cette tâche nouvelle; d'ailleurs n'a-t-il pas,

[1] Septembre 1878.

Digitized by Google

depuis plus d'un demi-siècle, vécu au milieu des hommes et des choses du Palais de Paris, et aujourd'hui il vient nous faire la confidence de ses fines et patientes observations.

Le XVIe siècle est le point de départ de l'auteur qui prouve, pièces en main, qu'à cette époque, malgré les vertus des grands magistrats qui l'ont honorée, l'administration de la justice était gangrénée par les abus les plus odieux. On pouvait croire de bonne foi que c'était là une vérité historique établie pour jamais; et sans parler des railleries de Marot et de Rabelais, le judicieux Loyseau en mettant à nu les *abus des justices de village* et en écrivant le *Traité des offices* semblait avoir fermé la bouche aux prôneurs des temps qui ne sont plus : cependant une réaction hardie a été essayée depuis assez longtemps déjà. C'est aux historiens de cette école que s'adresse M. Bataillard, et il l'a fait d'une manière péremptoire et ingénieuse, en analysant minutieusement les *édits de réformation* qui se succédèrent alors sans pouvoir rien réformer : peut-on nier le mal et ses ravages, quand les remèdes de toute nature sont inutilement employés à tous les degrés de l'échelle judiciaire? La corruption avait tout envahi; laissons parler l'auteur : Au Parlement de Bordeaux, les membres de la Cour menaçaient les gens de leurs jugements, faisaient scandaleusement leurs affaires et surtout leurs mariages.....

L'autorité d'un conseiller au Parlement de Normandie faisait trembler tout le monde autour de lui.....

Les officiers du Parlement de Toulouse ayant résolu de ne pas payer la taille n'avaient trouvé rien de mieux que de connaître de leurs causes en usurpant sur les attributions des généraux, des aides.....

Un conseiller du Parlement de Bretagne pouvait dire : Tout est tellement débridé et la porte de la justice vénale est si ouverte qu'ayant de l'argent on passe partout.

Pourquoi multiplier les citations? Un mot nous paraît tout résumer : les juges faisaient alors plus de procès que les parties elles-mêmes.

Tous les documents invoqués par M. Bataillard étonnent par leur abondance et leur variété, et son érudition, toujours de première main, est intéressante et persuasive.

Digitized by Google

Mais si grands que fussent les abus de la *justice civile*, dans le XVIe siècle tant vanté, ils ne sont rien en présence des cruautés de la *haute justice féodale*, et M. Bataillard, qui est un chercheur heureux autant qu'infatigable, en a retrouvé les traces pour ainsi dire presque vivantes, *ex lapidibus vivis*, dans un château qu'il a visité, il y a bientôt quarante ans, sur les rives de Léman : après nous avoir fait parcourir et examiner avec lui les cachots, les souterrains, les chambres de torture, les oubliettes de ce charnier judiciaire, l'auteur est bien en droit de dire avec une douloureuse émotion : « Combien de châteaux de hauts justiciers couvraient ainsi le sol de la France et répandaient au loin la terreur! Quels témoignages contre ce passé si souvent vanté par l'ignorance! la féodalité n'est belle que dans les romans; bénissons le ciel de ne la connaître que par les monuments de l'histoire. »

Aux études précédentes se rattache logiquement l'examen de la procédure au XVIe et XVIIe siècle, et c'est là aujourd'hui un sujet presque nouveau, tant il a été négligé depuis longtemps : en effet, si on est encore obligé à chaque instant de remonter à l'ordonnance de 1667 pour trouver le sens vrai des dispositions que notre code de 1807 lui a empruntées en si grand nombre, on ne va pas plus loin, et là s'arrêtent les recherches; mais M. Bataillard, plus hardi, commence son travail au point où les commentateurs terminent d'habitude leur examen, et en déchiffrant, analysant les *édits* et *règlements*, les *styles* et les *pratiques* des diverses juridictions, il est parvenu à reconstruire pièce à pièce les circonvolutions bizarres de la procédure de cette époque, et même à nous offrir un tableau complet de la marche d'un procès depuis l'*assignation* jusqu'à la *saisie* et l'*exécution*. Malgré leur aridité, tous ces détails sont présentés de manière à piquer la curiosité; l'utilité de ce travail est incontestable, il fera mieux comprendre le mérite des réformes de Louis XIV et du conseiller Pussort qui sut, a dit Boileau, raccourcir les griffes de la chicane, et désormais, en applaudissant l'immortelle comédie des *Plaideurs*, on est en droit de dire que Racine a fait une amusante peinture de la réalité et non une pièce de fantaisie, inspirée uniquement par le dépit de la perte d'un procès que, d'après son aveu, *ses juges ni lui n'avaient jamais bien compris*.

Digitized by Google

En dehors des trésors d'érudition que renferme le livre de M. Bataillard, je tiens à signaler la manière originale et nouvelle dont il écrit l'histoire judiciaire : avant lui, cette histoire n'était qu'une galerie, consacrée exclusivement aux grands noms de la magistrature : partout et toujours les *Molé*, les *Lavacquerie*, les de *Thou*, les *Lhôpital*, les *Daguesseau*.

L'histoire eût cru s'abaisser en parlant de ces travailleurs infatigables, vraies vertus de la justice, livrés au labeur le plus incessant et le plus obscur qui vivaient et mouraient, dans les coins et recoins du palais : ils ont été cependant, dans tous les temps, les vrais auxiliaires de la magistrature.

C'est à ces *oubliés* de l'histoire, à ces *déshérités*, à ces *petites gens* que M. Bataillard veut rendre enfin la justice qui leur est si bien due, et il a, selon nous, parfaitement réussi dans cette tâche réparatrice.

Peut-on lire, en effet, sans un vif intérêt et sans émotion la simple et touchante histoire de *Pierre Lemée*, un clerc de procureur du XVIIe siècle ? Et, après s'être associé à la vie, *aux fêtes* des *Basochiens* de cette époque, aux plaisirs de la société de *Mère-Folle*, on se prend à regretter que, malgré les tentatives successives faites pour rétablir l'antique et joyeuse Basoche, elle ait disparu pour jamais.

Ne pouvant citer les chapitres un à un, ce qui serait mon désir, je dois au moins une mention à celui intitulé : *le Roi cède aux procureurs*, car il en ressort la preuve que le courage civil n'est pas un monopole de certaines classes aisées ; si de grands magistrats ont souvent fait aux rois de courageuses remontrances, on a vu aussi de simples procureurs, de pauvres *praticiens*, soutenus par la force de leur bon droit, obtenir, par une honorable résistance, qu'un roi de France révoquât de *sa bouche*, et en *son Louvre*, un édit dont il était venu en personne, et dans tout l'éclat de sa puissance, exiger l'enregistrement au Palais : c'est ce qui se passa le 12 juillet 1586, date glorieuse, que M. Bataillard a relevée le premier, avec toute l'importance qu'elle mérite.

Enfin, il est un chapitre qui attirera, nous le pensons, d'une manière particulière, l'attention du lecteur, c'est celui consacré à *Fouquier-Tinville :* il n'est, certes, pas question, dans ce chapitre, d'un essai quelconque de réhabilitation en faveur de l'accusateur de Marie-Antoinette; non. Et M. Ba-

Digitized by Google

taillard a, pour cette odieuse mémoire, le même sentiment que doit avoir toute âme honnête.

Cependant, moraliste consciencieux, aimant à ausculter l'âme humaine, à scruter ses plis et replis pour y découvrir le vrai mobile des actions bonnes ou mauvaises, M. Bataillard ne s'est pas contenté de lire tout ce qui a pu être écrit déjà sur ce triste sujet, il a voulu recueillir lui-même, au Palais et à leur source, des documents positifs fournis par les contemporains du terrible terroriste.

Ses camarades d'enfance et de cléricature, ses collègues du Châtelet, ont bien voulu rappeler leurs souvenirs et les confier à M. Bataillard, et notons de suite, comme témoignage à décharge, que l'un d'eux, homme estimable et estimé de tous, qui avait beaucoup connu Fouquier, ne craignit pas de dire publiquement qu'il avait pour lui *plus de pitié que d'horreur.*

Sans aller jusque-là, M. Bataillard reconstruit année par année, et avec des détails curieux, la vie de Fouquier de Tinville (car il avait droit à la particule), et il terminait en disant : *Une grande leçon ressort de cette existence : il n'avait dans sa jeunesse que de louables sentiments; une passion effrénée, une seule! le conduisit trois fois à la ruine; puis la misère le précipita jusqu'aux derniers degrés du crime et de l'infamie.*

En finissant ce compte rendu, je tiens à dire en toute sincérité qu'il n'a pas pour but de recommander un livre que le nom et les travaux de son auteur recommandent seuls et bien mieux que tout éloge, mais j'ai regardé comme une bonne fortune pour moi d'en pouvoir au moins signaler l'apparition aux lecteurs de la *Revue.* A. GERVAIS.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, 26, rue Racine.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL.

LES OBLIGATIONS CIVILES A ORDRE, LEUR VALIDITÉ, LEURS AVANTAGES,

Par M. Henri Pascaud, juge d'instruction à Sancerre.

Sous l'influence des idées économiques favorables à la diffusion du crédit, à la célérité qui est l'âme des affaires aussi bien dans les actes de la vie civile que dans les actes commerciaux, à la suppression des formalités générales et onéreuses que la libre convention des parties peut suppléer, il s'opère dans la jurisprudence une évolution qui a pour but de restreindre de plus en plus le domaine de l'ordre public, pour donner en revanche une extension plus considérable au grand principe de la liberté des contrats. Dans cet ordre d'idées, l'application qui vient d'être faite par la Cour de cassation des dispositions combinées des articles 1134 et 6 du Code civil, aux termes desquels les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, à la condition toutefois de ne pas déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs, mérite assurément d'appeler l'attention. Elle prouve une fois de plus que l'interprétation de notre législation est une science essentiellement progressive, et que, sans refaire la loi, alors qu'ils n'ont mission que de l'appliquer, les tribunaux peuvent du moins l'accommoder aux besoins et aux exigences de notre époque, toutes les fois qu'aucun texte prohibitif ne les en empêche.

On sait que les cessions de créances sont régies par les articles 1690 et 1691 du Code civil ainsi conçus :

« Art. 1690. — Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur.

« Néanmoins le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique.

« Art. 1691. — Si, avant que le cédant ou le cessionnair

Digitized by Google

ait signifié le transport au débiteur, celui-ci avait payé le cédant, il sera valablement libéré. »

Ces textes, à première vue, semblent aussi impératifs que possible. En dehors de l'acceptation et de la signification, les transports ne sont pas opposables aux tiers; mais si les parties conviennent qu'elles substitueront aux prescriptions de la loi des conditions de transmission arrêtées entre elles, doit-il en être de même? La réponse à cette question dépend de la solution qui sera donnée à celle-ci : Les dispositions des articles 1690 et 1691 du Code civil sont-elles d'ordre public, et ne peut-il y être dérogé par la libre volonté des contractants? La législation n'ayant défini nulle part ce qu'il faut entendre par ordre public, c'est à la lumière des principes, à l'aide des enseignements de la doctrine et des travaux préparatoires du Code que nous devons apprécier ce point de droit.

L'idée d'ordre public, en législation, implique de prime abord des dispositions de lois qui concernent la généralité des citoyens, non point dans les rapports et intérêts privés existant entre eux, mais dans les rapports et intérêts sociaux qui sont relatifs à la communauté, à son organisation, à sa conservation. C'est en ce sens que Domat, dans son *Traité des lois*, a dit : « Les lois qui regardent l'ordre public « sont celles qu'on appelle les lois de l'État, qui règlent la « manière dont les princes souverains sont appelés au gou- « vernement ou par succession ou par élection; celles qui « règlent les distinctions et les fonctions des charges pu- « bliques, pour l'administration de la justice, pour les mi- « lices, pour les finances et de ces charges qu'on appelle « municipales; celles qui regardent les droits du prince, « son domaine, ses revenus, la police des villes et tous les « autres règlements publics. » Cela revient à dire que le droit constitutionnel, le droit public, le droit politique et le droit administratif sont d'ordre public. Mais, dans le Code civil, qui s'occupe des intérêts privés, il ne saurait y avoir de prescriptions se référant à ces droits divers. Il en est toutefois qui, bien que se rattachant à l'intérêt particulier des individus, ont été édictées dans l'intérêt général de la société et de tous les citoyens qui la composent. Ce sont ces dispositions qui sont réputées intéresser l'ordre public, et aux-

Digitized by Google

quelles on ne peut faire ni dérogation, ni renonciation dans les contrats. Les règles relatives au mariage, à la puissance maritale et à la puissance paternelle, à la tutelle, et à la constitution de la famille figurent dans cette catégorie.

C'est de cette façon, du reste, que les auteurs du Code civil apprécient ce que l'on doit appeler dispositions d'ordre public. Dans le discours prononcé devant le Corps législatif, le 23 frimaire an X, Portalis tient le langage suivant : « Mais « il s'agit de savoir si les mots *jus publicum*, qui sont em- « ployés plus ordinairement pour exprimer ce que nous en- « tendons par droit public, reçoivent cette signification dans « les textes qui disent que l'on ne peut déroger au droit pu- « blic par des conventions privées : *Jus publicum privatorum* « *pactis mutari non potest*. Or, voici comment est conçu le « sommaire de la loi trente et unième au Digeste, *De pactis :* « *Contra tenorem legis privatam utilitatem continentis pacisci* « *licet :* « Il est permis de traiter contre la teneur d'une loi « qui ne touche qu'à l'utilité privée des hommes. » Ainsi, « le droit public est celui qui intéresse plus directement la « société que les particuliers, et le droit privé est celui qui « intéresse plus directement les particuliers que la société. « Voilà la maxime de tous les temps. C'est de cette maxime « que dérive la distinction si connue des nullités absolues « que rien ne peut couvrir, et des nullités relatives qui peu- « vent être écartées par des fins de non-recevoir. »

Il y a dans le Code civil un certain nombre de prescriptions qui tout d'abord semblent ne concerner que l'intérêt privé et auxquelles cependant il est interdit de déroger. C'est qu'en somme elles se réfèrent plus ou moins directement à l'intérêt général. Quelques-unes de ces dispositions ont pour but le maintien des bonnes mœurs et de l'honnêteté publique. Les autres s'inspirent de motifs d'humanité, d'une pensée de protection à l'égard de ceux des contractants auxquels la gêne et des circonstances malheureuses enlèvent jusqu'à un certain point la liberté du consentement; d'autres ont en vue l'intérêt des tiers, la sécurité et la bonne foi si essentielles dans les transactions. Mais il faut reconnaître qu'en l'absence d'un texte précis qui définisse l'ordre public, il y a là pour le juge un sujet d'appréciation fort délicat. Selon nous, il faut se garder de voir partout des prescrip-

Digitized by Google

tions d'ordre public : ce serait méconnaître le principe général qui consacre la liberté des contrats.

Si, au sujet de la question qui nous occupe, nous interrogeons les travaux préparatoires du Code, nous n'y trouvons aucune indication tendant à établir que les articles 1690 et 1691 soient d'ordre public. L'exposé des motifs du titre de la vente fait par M. Portalis au Corps législatif, le 7 ventôse an XII, se borne à s'exprimer ainsi : « (Chap. VIII) Indépen-
« damment des choses mobilières et immobilières, il est une
« troisième espèce de biens, celle *des créances et autres droits*
« *incorporels*.

« Cette espèce de biens est de la création de l'homme;
« elle est l'ouvrage de nos mains; elle est dans le commerce,
« comme tous les autres biens.

« Elle est conséquemment susceptible d'être vendue, cédée
« et transportée. Le projet de loi détermine le mode de dé-
« livrance et les cas de garantie. Il rappelle à cet égard des
« maximes trop connues pour que nous ayons besoin d'in-
« diquer les motifs de sagesse et de justice sur lesquelles
« elles sont appuyées. »

M. Grenier, comme orateur du Tribunat, dans la séance du 15 ventôse an XII fait valoir les mêmes considérations, mais n'est pas plus explicite.

Il est évident que la simple tradition du titre, suffisante dans les rapports qui existent entre le cédant et le cessionnaire pour transférer la propriété d'une créance, ne devait pas avoir la même efficacité au regard des tiers et spécialement du débiteur cédé. Le langage de MM. Portalis et Grenier ne signifie pas autre chose. Le législateur veut empêcher les agissements préjudiciables aux tiers et, dans ce but, il supplée par une disposition légale, à l'abstention possible des contractants, au silence de la convention; mais rien n'indique qu'il ait l'intention de donner aux prescriptions de la loi la préférence sur les stipulations qui auraient pu être arrêtées originairement entre le créancier et son débiteur. Conclure des termes assez peu explicites qu'ont employés MM. Portalis et Grenier que les articles 1690 et 1691 sont d'ordre public, serait véritablement excessif.

La loi exige une signification ou une acceptation par acte authentique de la cession. Mais elle ne dit pas que l'accepta-

Digitized by Google

tion devra être consignée dans un acte postérieur, distinct du contrat primitif. Si donc le débiteur consent à avoir pour créanciers, dans telle circonstance déterminée, un ou plusieurs individus qu'il n'est pas besoin de désigner expressément, puisque cette exigence serait extra légale, rien n'empêche de sanctionner pareille convention dont l'effet est de rendre ce même débiteur l'obligé des créanciers en question. Tel sera l'effet de la clause *payable à ordre* insérée dans une obligation, laquelle deviendra cessible par la voie de l'endossement, conformément aux principes généraux sur la matière. La jurisprudence s'est, à différentes reprises, prononcée énergiquement sur l'existence de ce lien de droit formé d'avance entre le débiteur cédé et ceux qui sont devenus, par un endos régulier, propriétaires de la créanee. Voici comment s'exprime à ce sujet un arrêt de la Cour de Bruxelles du 8 juin 1825 : « Attendu qu'il résulte de ces « termes du billet : *ou à quiconque sera porteur de cette obli-* « *gation,* que l'obligé à prévu et autorisé la cession du billet; « qu'il a prévu que son créancier pourrait transmettre ses « droits à qui bon lui semble, et que d'avance il s'est tenu « pour signifié et avoir accepté le transport, à quelque per- « sonne qu'il fût fait, sans signification ultérieure. »

La Cour de cassation n'est pas moins explicite sur les effets de la clause *à ordre* dans son arrêt du 18 mars 1850 : « Attendu que le débiteur qui s'engage par un titre payable « à ordre accepte d'avance pour créancier, non-seulement « le bénéficiaire du billet, mais encore tous ceux qui en de- « viendront propriétaires par des endossements successifs. » Ces deux arrêts ne parlent, il est vrai, que de billets, mais, si nous les citons, c'est uniquement pour établir, avec la jurisprudence, toute la force de la clause *payable à ordre.* Il est clair que si, ni l'intérêt des tiers considéré comme pouvant donner aux dispositions des articles 1690 et 1691 le caractère de prescriptions d'ordre public, ni les règles particulières aux contrats civils, n'empêchent de créer des obligations à ordre, ces principes s'appliqueront dans les deux cas.

Nous avons vu que l'intérêt des tiers, la sécurité et l'honnêteté des transactions ont inspiré au législateur certaines dispositions que l'on peut rattacher à l'ordre public. Les articles 1690 et 1691 du Code civil sont-ils de ce nombre?

Digitized by Google

Non, ni le débiteur, ni les autres tiers ne peuvent s'en prévaloir sous ce rapport. La raison en est bien simple : il faut, pour que les tiers soient l'objet d'une protection élevée à la hauteur d'un principe d'ordre public, que le préjudice soit forcé, nécessaire, inévitable, pour ainsi dire. Or, dans l'espèce, il sera tout à fait exceptionnel et n'atteindra pas le plus intéressant de tous les tiers, le débiteur cédé, ainsi que nous espérons pouvoir le démontrer. Pourquoi ce débiteur aurait-il besoin d'être protégé spécialement ? De deux choses l'une : ou l'obligation sera en brevet, et les endossements seront apposés sur le titre lui-même ; alors le dernier cessionnaire remettra au débiteur en recevant son payement le titre qui constate l'existence de la créance et ce débiteur ne pourra être lésé ; ou l'obligation sera faite en minute et c'est sur la grosse qui sera délivrée aux créanciers que les endos seront successivement inscrits. Dans ce cas, le débiteur ne devra payer qu'en exigeant la remise de cette grosse. S'il se libère sans prendre cette précaution, il sera coupable d'imprudence, et nous ne croyons pas que la loi soit obligée de lui venir en aide : *jura vigilantibus subveniunt*. Le débiteur savait que la stipulation de la clause à ordre aurait pour résultat de lui donner successivement plusieurs créanciers ; il devait en conséquence attendre que le porteur de la grosse réclamât son payement. La situation semblera peut-être un peu plus délicate, lorsqu'il s'agira des héritiers ou de la veuve qui aura accepté la communauté. Mais en y réfléchissant bien, on doit reconnaître que, juridiquement, ils ne sont pas plus favorables que le débiteur lui-même : leur devoir n'est-il pas, soit par eux-mêmes, soit par leurs représentants légaux, de vérifier de quoi se composent les forces actives et passives de la succession et de la communauté ? En se livrant à cet examen, ils constateront l'existence d'obligations à ordre. Ils commettront donc une faute, s'ils acquittent leurs dettes sans se faire remettre la grosse. Ainsi donc, ni le débiteur, ni ses ayants cause ne subiront de préjudice dans ce cas encore.

Quant aux autres tiers, ils peuvent, dira-t-on, être victimes de dissimulations et de fraudes. Des cessions faites par un procédé aussi sommaire qu'aisé permettront aux individus déclarés en faillite ou tombés en déconfiture de détourner

Digitized by Google

leur actif. En ce qui concerne le cas de faillite, l'argument est sans portée, car nous croyons pouvoir affirmer sans discussion que la cession tombera sous l'application de l'article 446 du Code de commerce et au besoin de l'article 447. Dans le cas de déconfiture, notre législation n'interdisant de vendre que les objets placés sous la main de justice, s'il n'y a pas saisie, la cession sera conforme au droit commun et n'aggravera pas la situation des créanciers. Les cas de fraude seront donc très-rares : il s'en produit dans bien d'autres circonstances où les créanciers n'ont pas de dispositions d'ordre public pour les protéger. Mais ils ont l'action révocatoire (art. 1167 C. civ.), et cela suffit pour qu'ils puissent attaquer les actes qui leur portent préjudice. Que les tiers dont nous venons de parler se contentent donc de la même arme.

Le propre des dispositions d'ordre public, c'est que le juge doit les appliquer d'office. Or si le souscripteur, le bénéficiaire et le cessionnaire d'une obligation à ordre se présentaient devant la justice, sans que le débiteur cédé invoquât ce prétendu moyen d'ordre public, où donc trouverait-on un tribunal disposé à le suppléer? Beaucoup de magistrats déclareraient l'obligation nulle au regard du tiers, s'il le demandait, mais aucuns n'oseraient le faire de leur chef.

Il nous reste à examiner si l'insertion dans un contrat de la clause *payable à ordre* ne constitue pas une violation des règles essentielles du droit civil. Dans ce cas encore, les juges devraient annuler, au regard des tiers, les obligations qui en seraient entachées. L'emploi de la clause à ordre dans les contrats civils n'est interdit par aucune loi. Son usage y est assurément moins fréquent que dans les actes de commerce, mais ce n'est point là un motif juridique pour l'écarter du domaine des obligations civiles. Il faudrait, pour qu'on pût le faire, qu'un texte précis déclarât la clause payable à ordre et l'endossement qui en est la conséquence exclusivement applicables aux actes commerciaux. Or, ni le Code de commerce au titre de la lettre de change, ni les travaux préparatoires ne révèlent une pareille intention chez le législateur. On peut même dire que, les billets à ordre qui ont, selon les cas, un caractère commercial ou un caractère civil (art. 636 C. comm.), bénéficiant toujours de la clause à ordre, quel que soit ce caractère, la loi s'est prononcée nettement

Digitized by Google

sur la question et a donné implicitement aux contractants la faculté d'employer cette clause dans les actes civils. Aussi tous les auteurs, à trois ou quatre exceptions près, admettent-ils sans difficulté que les obligations civiles peuvent être payables à ordre et transmissibles par endossement. On se méprend gravement, dit sur cette question, M. Bravard-Veyrières, « quand on veut rattacher la faculté de céder un titre par endossement à la nature civile ou commerciale de ce titre, ou, comme un privilége, à la faveur plus ou moins grande qu'il mérite à raison des services qu'il est appelé à rendre. Sa cause véritable et sa seule cause, c'est la clause à ordre. »

Il est donc constant que les dispositions des articles 1690 et 1691 ne sont pas d'ordre public et qu'on y peut déroger par la clause à ordre ou telle autre stipulation équivalente. Que le législateur ait pressenti ou non l'usage que l'on ferait de cette clause pour restreindre le domaine des transports-cessions ordinaires, c'est ce qu'il importe peu de savoir, car, au point de vue juridique, il n'en peut résulter aucune conséquences pour ou contre le droit dont nous venons de démontrer la parfaite légalité.

La jurisprudence s'est prononcée à différentes reprises sur la question. Les Cours d'appel, à part celle de Lyon (4 juin 1830) et celle de Pau (25 juin 1836), se sont généralement montrées hostiles à la doctrine que nous venons de soutenir. L'arrêt de la Cour de Pau contient les considérants suivants qu'il importe de reproduire tant ils sont nets :

« La Cour ; — Sur la question de savoir si la dame Des-« perbasque ayant consenti le billet dont il s'agit, payable à « l'ordre du sieur Labarthe, mais sans exprimer les valeurs « reçues, peut opposer au sieur Bernard, porteur de ce billet « régulièrement endossé, un autre billet du même jour, de « même somme et conçu dans les mêmes termes souscrit en « sa faveur par le sieur Labarthe, comme une garantie, dit-« elle, de la promesse que celui-ci lui avait faite, de ne pas « faire usage du billet qu'elle lui avait confié ; — Attendu que « l'obligation de payer à l'ordre du sieur Labarthe, exprimée « dans le billet, même sans énoncer l'alternative d'usage de « payer au bailleur de fonds où à son ordre, n'a pu avoir « pour objet, dans l'intention des parties et du tiers qui a

Digitized by Google

« accepté le billet, que comme devant rendre ce billet négo-
« ciable par la voie de l'endossement ; ce qui emporte né-
« cessairement renonciation de la part du souscripteur, au
« droit d'opposer aux tiers porteurs les exceptions dont il
« aurait pu faire usage contre le bailleur de fonds; — Que,
« dès lors, le billet dont il s'agit étant privé, à raison du
« défaut d'expression des valeurs reçues, de l'une des condi-
« tions constitutives du billet à ordre, tel qu'il est défini par
« l'article 188 du Code de commerce, la question se réduit à
« savoir si l'on peut valablement stipuler qu'une obligation
« purement civile, ou un effet de commerce dégénéré pour
« cause d'imperfection en simple promesse, pourra toutefois
« être rendu négociable par voie d'endossement; — Oue
« d'abord l'on doit observer que ce mode de transmission de
« la propriété des créances n'est pas exclusivement réservé
« au commerce, puisque la loi admet dans les billets à ordre
« le caractère civil comme le caractère commercial, et que
« l'intention du législateur, ainsi que l'expliquent les motifs
« du quatrième livre du Code de commerce a été d'accroître
« la masse des valeurs mises en circulation sous cette forme.
« non-seulement dans l'intérêt du commerce, mais encore
« dans celui de l'agriculture ; que cette stipulation, en ma-
« tière civile, n'est nullement prohibée par aucune disposi-
« tion de loi, du moins d'une manière expresse ; — Qu'on ne
« peut non plus faire sortir cette prohibition des disposi-
« tions invoquées de l'article 1690 du Code civil portant
« que le cessionnaire d'une créance n'est saisi, à l'égard des
« tiers, que par la signification du transport faite au débi-
« teur, ou par l'acceptation de celui-ci dans un acte authen-
« tique ; — Qu'en effet cet article ne dispose que pour le
« cas où la cession n'avait pas été consentie par le débiteur
« auquel on donne un nouveau créancier, tandis que dans le
« cas actuel, le débiteur s'étant soumis dans l'obligation
« même à payer à l'ordre du créancier, est considéré comme
« s'étant obligé à payer au tiers porteur, dont il s'est con-
« stitué le débiteur direct;

« Que sans doute, dans l'article 1690 précité, la loi a dû
« prévenir les dangers auxquels aurait pu être exposé par
« l'effet de l'anti-date possible de cessions privées, ou par
« l'ignorance de leur existence, le débiteur déjà libéré en

Digitized by Google

« totalité ou en partie ; mais dans le cas de l'espèce actuelle « le souscripteur averti par son obligation qu'il ne devait « payer qu'à celui qui serait légalement et réellement por- « teur du billet, n'ayant rien à redouter sous ce rapport, la « prévoyance de la loi dans ce cas, serait sans objet; — Que, « dès lors, il faut reconnaître qu'aucune disposition de loi ne « défend ni par son texte, ni par son esprit de consentir à « ce que des effets purement civils soient transmissibles par « voie d'endossement ; — Qu'il est de règle que la loi sanc- « tionne les conventions qu'elle ne défend pas, et qu'elle « leur prête toute sa force entre les parties qui les ont « faites, ainsi que le consacre l'article 1134 du Code « civil. »

En sens contraire, on trouve les arrêts suivants: Grenoble 7 février 1835, Limoges 27 novembre 1845, Riom 27 juillet 1875, Caen 14 juin 1876. La doctrine qu'ils consacrent consiste à dire que la stipulation *payable à ordre* et l'endossement sont licites en matière civile, mais qu'ils ne peuvent avoir le même effet qu'en matière de commerce et que, dès lors, ils n'opèrent qu'un simple transfert de créances valable *inter partes*, mais sans efficacité au regard des tiers. Voici comment est conçu l'arrêt de Caen:

« Attendu que les lettres de change et les billets à ordre, « dont la création a été autorisée par la loi, dans l'intérêt du « commerce, jouissent de priviléges dont sont privés les « titres ordinaires de créances ; — Que, notamment, suivant « les articles 136 et 137 du Code de commerce, la propriété « en est transmissible, à l'égard de toutes personnes, par la « voie d'un simple endossement sous seing privé, tandis « qu'aux termes de l'article 1690 du Code civil, le cession- « naire d'une obligation n'est saisi, à l'égard des tiers, que « par la signification du transport faite au débiteur ou par « l'acceptation de ce dernier dans un acte authentique ; — « Mais attendu que les lettres de change et billets à ordre, « précisément à cause des priviléges qui y sont attachés, « sont soumis à des conditions particulières de validité, et « que, si une ou plusieurs de ces conditions viennent à man- « quer, ils ne sont plus que des titres ordinaires rentrant « sous l'empire du droit commun ; qu'il suit de là que le « transport n'en est efficacement réalisé, à l'égard des tiers,

Digitized by Google

« que conformément à l'article 1690 précité ; — Que, sans « doute, l'endossement régulier d'une promesse à ordre, « dépourvue d'une des conditions constitutives du billet à « ordre, vaut transport entre le cédant et le cessionnaire, « comme le dit l'article 1689 du Code civil, parce qu'aucune « loi ne prohibe cette forme de transmission de créances ; « que, par conséquent, le débiteur sera tenu d'en payer le « montant au cessionnaire, s'il n'intervient, avant le rem- « boursement, aucun créancier du cédant ; — Mais que pour « opérer la saisine à l'égard des tiers, cet endossement doit « être signifié au débiteur ou être accepté par lui dans un « acte authentique, parce que telle est la règle générale posée « dans l'article 1690 précité, et que l'article 136 du Code de « commerce n'y a apporté d'exception qu'en faveur des lettres « de change ou billets à ordre valables comme tels ; qu'il « n'existe d'ailleurs aucune raison pour admettre une telle « dispense à l'égard des simples promesses à ordre ; qu'en « effet, ces promesses ne sont, en réalité, quelle que soit « leur forme, que des obligations ordinaires, qui n'ont pas « de titre à une faveur, à un privilége quelconque ; qu'il « n'importe nullement que le transport en soit effectué par « un endossement ou de toute autre manière, parce que la « forme de transmission ne change pas la nature de l'acte, « qui reste toujours une simple promesse régie par l'ar- « ticle 1690 du Code civil ; — Que vainement, excipe-t-on « contre le débiteur, de ce qu'il s'est engagé à payer le por- « teur de l'effet, quel qu'il soit ; — Qu'un tel engagement est « réputé, à moins de clause formelle contraire, n'avoir été « pris que dans les termes de la loi, c'est-à-dire, sous la con- « dition, ou qu'il ne surviendra pas d'opposition ou saisie- « arrêt de la part des créanciers du cédant, ou que le « cessionnaire remplira l'une des formalités exigées par l'ar- « ticle 1690, pour exiger la saisine des transports à l'égard « des tiers. »

La Cour de cassation, dans deux arrêts, l'un du 5 pluviôse an XI rendu en matière d'enregistrement, l'autre du 18 novembre 1833, assez peu explicites tous les deux, reconnaissait la validité des obligations à ordre. Le 20 février 1877, la question s'est présentée devant la chambre des requêtes qui a admis le pourvoi dirigé contre l'arrêt de Caen, que nous

Digitized by Google

avons reproduit. Enfin, le 8 mai 1878, la chambre civile s'est prononeée à son tour en cassant l'arrêt de Riom du 27 juillet 1875. Voici ce monument de jurisprudence qui sera si fécond en conséquences utiles, lorsque la doctrine qu'il consacre sera connue et acceptée de tous. Les faits qui l'ont motivé y sont suffisamment expliqués pour que nous n'ayons pas à les exposer :

« La Cour; — Sur les deux moyens réunis; — Vu les arti-
« cles 1134 et 1690 du Code civil; — Attendu qu'il résulte
« en fait de l'arrêt attaqué et des pièces produites que, par
« acte du 24 juin 1858, reçu Roche, notaire à Châteldon, dame
« Louise Jacqueline Ducher, femme Sugier, s'est obligée en-
« vers Farge-Chautard au payement d'une somme de 6,000 fr.
« pour cause de prêt; qu'il est stipulé dans cet acte que
« la débitrice s'engage à payer et porter la dite somme au
« créancier, ou à son ordre, dans sa demeure actuelle, dans
« le délai de deux années;—Attendu que cette stipulation est
« licite, aucune disposition de loi n'interdisant de contracter
« en la forme authentique une obligation pour cause civile
« ou commerciale, payable à l'ordre du créancier; — At-
« tendu que l'effet légal de la stipulation *payable à ordre*
« est de rendre l'obligation transmissible par l'endossement
« qui manifeste l'ordre du créancier, et que cette transmis-
« sion, s'accomplit à l'égard du débiteur cédé aussi bien
« qu'entre le cédant et le cessionnaire; — Attendu qu'il n'y a
« aucune différence à faire entre le débiteur d'une obligation
« civile et le débiteur d'un engagement commercial; — At-
« tendu, en effet, que les dispositions des articles 1690 et
« 1691 du Code civil ne sont pas d'ordre public; que les con-
« tractants peuvent y déroger, et qu'ils y dérogent virtuelle-
« ment, lorsque s'obligeant à payer à l'ordre du créancier,
« le débiteur accepte, par cela même, à l'avance, pour seul
« propriétaire de la créance, celui qui sera porteur de cet
« ordre, et s'engage à payer à celui-ci et à payer à lui seul
« la somme promise, sans exiger aucune autre formalité que
« la représentation du titre et de l'ordre du créancier; —
« Attendu, dès lors qu'en déclarant que l'endossement passé
« par Farge-Chautard à la dame veuve Guyonnin-Serindat de
« l'obligation dont s'agit n'en avait opéré le transport que
« dans les rapports du cédant et de la cessionnaire, par ce

Digitized by Google

« seul motif qu'il s'agissait d'une obligation civile, et qu'en « décidant, en conséquence, qu'à défaut de la signification « de ce transport au débiteur cédé, les héritiers Ducher « avaient valablement payé le montant de cette obligation à « Farge-Chautard, bien qu'il l'eût endossée à la demande- « resse, la Cour de Riom à méconnu le principe de la liberté « des conventions, violé l'article 1134 du Code civil, et fait « une fausse application de l'article 1690 du même Code; — « Par ces motifs, casse. »

Les avantages qui résultent de cette jurisprudence sont considérables. En fait elle permettra de réaliser une économie notable sur les frais. Les créanciers qui auront besoin de rentrer dans leurs fonds avant l'échéance des obligations ne seront plus contraints de recourir à des transports dispendieux. Sans doute, ils auront encore, au regard du fisc, à acquitter le droit proportionnel de cession de créances, mais ils échapperont aux honoraires des notaires et à la consommation de timbre qu'entraîne toujours la confection d'un acte. En droit, le débiteur cédé ne pourra opposer au porteur du titre aucune des compensations qu'il aurait pu faire valoir contre le cédant. Dans certains cas, les commerçants eux-mêmes auront tout bénéfice à se faire souscrire des obligations civiles à ordre, car ils éviteront ainsi l'application des dispositions de l'article 189 du Code de commerce qui déclare prescrites par cinq ans toutes les actions relatives au payement des lettres de change et billets à ordre.

Mais c'est surtout dans la matière des hypothèques que la jurisprudence de la Cour de cassation produira d'importantes conséquences. S'il est nécessaire pour la constitution d'une hypothèque qu'un acte authentique soit dressé (art. 2127 C. civ.), il est inutile qu'il en soit fait un pour constater la cession de cette même hypothèque. La loi ne l'exige dans aucune de ses dispositions, par conséquent l'hypothèque peut être cédée par acte sous seing privé. Elle est la garantie et l'accessoire de la créance, et, à ce titre, elle doit suivre son sort. Si donc la créance est cessible par la voie de l'endossement, l'hypothèque devra l'être également. Nulle part en effet la loi n'a interdit ce mode de transmission, et c'est là un moyen de crédit qui présente de grads avantages. C'est ce qu'une jurisprudence constante a décidé depuis 1831, dans

Digitized by Google

le cas d'hypothèques conventionnelles stipulées dans une obligation et rappelées dans des billets à ordre transmissibles par l'endossement. Il n'est pas alors nécessaire de notifier un transport au débiteur cédé (Cass. Req. 10 août 1831, Req. 21 février 1838, Req. 11 juillet 1839, Colmar 30 décembre 1840, Colmar 29 mars 1852, Metz 26 janvier 1854, Cass. 20 juin 1855, Req. 26 décembre 1871).

Voici les considérants par lesquels la Chambre civile de la Cour de cassation motive la cession des hypothèques par la voie de l'endossement dans son arrêt du 20 juin 1854 :

« La Cour; — Attendu que d'après la nature du contrat « de change et les articles 115, 116, 117 et 149 du Code de « commerce, la provision imposée au tireur d'une lettre de « change, existe lorsque, à l'échéance de la lettre, le tiré est « redevable envers le tireur d'une somme au moins égale au « montant de cette lettre, encore bien que cette somme ne « soit pas encore exigible; et que cette provision ainsi que « les garanties accessoires, et notamment l'hypothèque que, « pour mieux l'assurer le tireur s'est fait constituer sur les « objets du tiré, sont affectés spécialement, et par droit de « préférence et de priorité, au payement de la lettre de « change; — Attendu que, suivant l'article 136 du même « Code, la propriété de la lettre de change se transmettant « par la voie de l'endossement, la provision et l'hypothèque « qui la garantit, passent, en même temps que la lettre « elle-même, conformément à l'article 1692 du Code Napo- « léon, au porteur, en vertu d'un ordre régulier. »

La situation sera encore plus favorable, si cela est possible, lorsque la cession de l'hypothèque ne sera plus séparée du titre constitutif lui-même. Depuis longtemps, on recherche le moyen de donner un plus large développement au crédit foncier en rendant plus simple et plus aisée la transmission des garanties que présente la propriété immobilière. Ce moyen est tout trouvé, grâce à la jurisprudence de la Cour de cassation qui va réaliser les vœux que les jurisconsultes et les économistes ont formulé à diverses reprises. Certains esprits s'effrayeront peut-être, de ce qu'on appellera la mobilisation du sol, de cette circulation, sous la forme de titres cédés par endossement, des champs, des maisons, des immeubles de toute nature. Ce sera, diront-ils, un retour à la loi

Digitized by Google

du 9 messidor an III. A ce point de vue, nous estimons que les cédules hypothécaires créées par l'article 37 de cette loi et cessibles par la voie de l'endossement, étaient un précieux instrument de crédit que l'on pourrait adopter sans inconvénient. Plus en effet la circulation hypothécaire est active et facile, plus les transactions et les affaires se multiplient. Toutefois, la faculté de prendre hypothèque sur soi-même, pendant dix ans, pour la valeur des trois quarts de ses immeubles, avant la création même d'une dette à garantir, était une conception juridique beaucoup moins heureuse, ainsi que le déclare M. Troplong : « Mais le vice radical de la loi du 9 messidor, dit-il, était dans la constitution même de l'hypothèque et non dans sa transmission. Elle permettait en effet de prendre hypothèque sur soi-même, c'est-à-dire avant qu'aucune obligation eût été contractée par le propriétaire envers un tiers. Ce n'était plus l'hypothèque ordinaire comme tout le monde la conçoit, venant s'ajouter à une obligation préexistante et lui donner sanction. Ici l'hypothèque précédait l'obligation. Elle avait date avant le besoin, et, par conséquent, elle le faisait naître, elle le sollicitait, elle le poussait jusqu'à l'excès. »

Ce langage du savant jurisconsulte signalant les périls de la législation de messidor est de nature à rassurer, car il insiste sur la différence profonde qui sépare cette loi des facilités plus grandes que l'on peut accorder aux cessions d'hypothèques. Du reste les tribunaux sauront avec la sagacité nécessaire démêler la fraude et protéger les intérêts des tiers. Tenons-nous donc pour satisfait d'une jurisprudence qui, en somme, peut exercer la plus heureuse influence sur le crédit rural et agricole.

H. PASCAUD.

ÉTUDES SUR LES SECONDES NOCES.

DE CEUX QUI PEUVENT CONTRACTER UN SECOND MARIAGE.

Par M. Prosper Schaeffer, juge au tribunal de Bourgoin.

L'article 147 du Code civil autorise les seconds où subséquents mariages, à la condition que chaque union ne soit

Digitized by Google

contractée qu'après la dissolution de la précédente. Les deux époux, la femme aussi bien que le mari, ont donc le droit de se remarier autant de fois qu'ils le désirent, pourvu qu'au moment où ils convolent à d'autres noces, ils soient libres de tout lien conjugal antérieur. Cette règle ne fait que consacrer le principe de la monogamie qui est reconnu par les législations de toutes les nations civilisées.

Les rédacteurs du Code civil avaient admis trois modes de dissolution du mariage : le prédécès de l'un des époux, le divorce et la mort civile. Le premier seul subsiste encore aujourd'hui. Le divorce a été aboli par la loi du 8 mai 1816. L'Église, qui se préoccupe plus de l'union des âmes que de celle des corps, et qui voit, avant tout, un sacrement dans le mariage, a pu le proscrire. Mais le législateur civil, qui est appelé à régir une société laïque, et qui a la garde de tous nos intérêts, matériels et moraux, ne devait-il pas lui réserver une place, si petite qu'elle fût, dans son œuvre? Cette question ne rentre pas dans le cadre de notre sujet. Nous nous bornons à l'indiquer, laissant à d'autres le soin de la résoudre. La mort civile a été abrogée par la loi du 31 mai 1854. Ce mode de dissolution, en rompant le mariage de deux époux qui se pardonnaient, et ne demandaient qu'à rester unis, et, en tenant, par une fiction cruelle, un homme plein de vie pour un homme mort, afin de régler une partie de sa succession, et de confisquer l'autre, avait soulevé la conscience publique, et il n'y eut qu'une voix pour demander qu'on l'abolît.

On a soutenu que, depuis 1816, les époux divorcés ne pouvaient plus convoler à d'autres noces, avant le décès de l'un d'eux. C'est une erreur. Quoique le divorce soit aboli, les mariages qu'il a dissous restent tels, et les conjoints, qui ont recouvré leur indépendance, ont encore aujourd'hui le droit de se remarier.

La loi de 1816, en restreignant expressément aux effets de la séparation de corps les jugements et arrêts restés sans exécution, par suite de la non prononciation du divorce, a implicitement reconnu que les divorces définitivement prononcés doivent produire tous les effets juridiques attachés par l'ancienne loi à ce mode de dissolution.

Bien plus, le gouvernement saisit, le 8 décembre 1816,

Digitized by Google

la Chambre des Pairs d'un projet de loi, sur les effets de l'abolition du divorce, contenant un article 2 ainsi conçu : « Les conjoints dont le divorce a été prononcé, et qui ne sont pas actuellement engagés dans un autre mariage, pourront se réunir, tout autre mariage leur est interdit jusqu'après le décès de l'un d'eux. » Le comte Abrial, rapporteur du projet, considérait la disposition de cet article comme surérogatoire, et il en demanda la suppression. La loi du 8 mai, suffisait, d'après lui, à elle seule, par la force du principe qu'elle consacrait, pour enlever à tout époux divorcé avant 1816 la faculté de se remarier, du vivant de son ancien conjoint. Mais on lui répondit, avec raison, que si le gouvernement avait pensé que la prohibition de contracter un deuxième mariage résultait forcément de la loi du 8 mai, il se serait abstenu de présenter le nouveau projet de loi; que, puisqu'il demandait que le législateur sanctionnât, par un texte formel, l'interdiction dont s'agit, c'est qu'évidemment il estimait que cette interdiction n'avait été ni prononcée ni même sous-entendue dans la loi précédente. Lorsqu'il fut bien reconnu que le projet n'avait d'autre but que de renchérir sur la loi du 8 mai, en aggravant la situation des époux divorcés, il se forma, dans les deux Chambres, une majorité tellement décidée à le repousser que le ministère le retira.

D'ailleurs, d'après l'article 2 du Code civil « la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a pas d'effet rétroactif. » La loi du 8 mai, bien qu'elle ait aboli le divorce, n'a donc pas porté atteinte aux droits acquis sous l'empire de la loi qui régissait le divorce. Suivant les articles 229 et suivants du Code civil, les conjoints divorcés sont relevés de leur mariage et autorisés à en contracter un autre. Cette dissolution du premier mariage et ce droit d'en former un second constituent des droits acquis aux anciens époux. Comment la loi du 8 mai aurait-elle pu dès lors les leur enlever? Le législateur serait sans doute, malgré le principe de l'article 2, autorisé à imprimer un caractère rétroactif à une loi postérieure, par rapport à celle qui est abrogée, mais il devrait déclarer expressément sa volonté à ce sujet. Les termes de l'article 2 sont trop impératifs pour qu'on admette légèrement, et par voie d'interprétation, une exception à la règle générale et

Digitized by Google

universelle qu'il consacre. La loi du 8 mai contient-elle une disposition dans ce sens? Évidemment non.

D'autre part si cette loi a maintenu les divorces prononcés avant qu'elle ait été rendue, elle a nécessairement aussi maintenu les facultés non exercées qui en dérivent. Or, l'une de ces facultés consiste précisément à profiter de la rupture du premier mariage, pour en contracter un second. Pour supprimer ces facultés, il aurait encore fallu que la loi s'en expliquât formellement, ce qu'elle n'a pas fait et ce qu'elle n'aurait pu faire équitablement. Merlin a soutenu ce système dans une dissertation pleine d'érudition, et il met bien en lumière l'injustice qu'il y aurait d'empêcher un époux divorcé avant le 8 mai 1816 de se remarier, quand il ajoute : « Elle serait injuste et tyrannique la loi qui dirait à la femme divorcée avant 1816 : le divorce qui a dissous votre mariage vous a affranchie de la puissance maritale, et, en conséquence, vous avez eu jusqu'à présent la faculté de contracter, d'aliéner, d'ester en jugement, comme si vous n'aviez jamais été mariée, mais cette faculté je la révoque... et je vous déclare pour l'avenir incapable de contracter, d'aliéner, d'ester en jugement, sans l'autorisation de la justice... Elle serait donc aussi injuste et tyrannique la loi qui dirait aujourd'hui aux époux divorcés avant la loi du 8 mai 1816. Vous n'avez pas profité de la faculté que vous aviez de vous remarier. Je vous en déclare déchus..... En effet, que sont aujourd'hui les personnes dont un divorce a légalement rompu, avant la loi du 8 mai 1816, le mariage qui les unissait? Elles sont bien constamment non mariées, puisque le mariage qui les a unies n'existe plus..... Cela posé, comment pourrait-on aujourd'hui ôter aux personnes divorcées avant la loi de 1816 la faculté de se remarier du vivant l'un de l'autre? » (Sirey, 1859, 1, 137.)

Un jugement du tribunal de la Seine du 31 juillet 1824 et un arrêt de la cour de Paris du 30 août 1824, ont implicitement jugé le contraire, en décidant que la femme étrangère divorcée à l'étranger, dans un pays dont les lois admettent le divorce n'est pas apte à se remarier en France depuis la loi du 8 mai 1816 (Sirey, *Coll. nouv.*, 7, 2, 435). Mais un arrêt de la cour de Nancy du 30 mai 1826, rendu sur les conclusions conformes de M. Troplong, a, au contraire,

Digitized by Google

appliqué les vrais principes, et sanctionné la doctrine que nous défendons. Un sieur Poirson épousa, le 8 décembre 1816, en Prusse, une dame Nass, qui avait obtenu le 24 août 1815, dans le même pays, le divorce contre un premier mari. Plus tard, et sous le prétexte que ce mariage était nul, comme ayant été contracté avec une femme divorcée postérieurement à 1816, il se remaria. La dame Nass demanda la nullité du second mariage de son mari, et la Cour la prononça. Pour établir la validité du premier lien, elle se fonda d'abord sur le statut personnel et la capacité de la dame Nass qui étaient les mêmes en France qu'en Prusse, et qui lui permettaient de se remarier dans l'un de ces pays aussi bien que dans l'autre. Puis elle s'appuya sur le silence de la loi du 8 mai qui, en ne prohibant pas le nouveau mariage que les divorcés contracteraient après cette époque, en admet par là même la légitimité. Nous ne rapportons que ce dernier motif, parce qu'il concerne plus directement que le premier la question qui nous occupe : « Attendu que la loi du 8 mai 1816, en abolissant le divorce en France, n'a point privé, d'une manière explicite, les époux divorcés avant sa publication, de la faculté qu'ils avaient de contracter une autre union, d'après les dispositions combinées des articles 147 et 227 du Code civil, que dès lors la nullité invoquée par Poirson n'existe réellement pas dans l'état actuel de la législation française, et que l'on ne pourrait la prononcer, sans violer les principes relatifs à l'interprétation des lois : attendu que par cela même que le mariage contracté en Prusse par Poirson est déclaré valable en France, celui qu'il a contracté dans ce dernier pays, avant la dissolution du premier, doit être frappé de nullité en exécution de l'article 147 du Code civil : Par ces motifs..... (Sirey, C. Nap., 8, 2, 238; *sic* Merlin, *Questions de droit*, v° DIVORCE, §§ 12, 13; Aubry et Rau, t. IV, p. 51; Vazeille, t. I, 103 *in fine;* Cour d'Aix 6 avril 1826, *Gazette des tribunaux*, 1826, n° 154; S., 1860, 1, 214).

Les seules prohibitions dont les époux divorcés restent frappés depuis 1816 sont celles que portent les articles 295 et 298 du Code civil.

D'après l'article 295 « les époux qui divorceront pour quelque cause que ce soit ne pourront plus se réunir. »

Digitized by Google

Cette restriction apportée à la liberté des époux divorcés n'existait ni dans le droit romain, ni dans le droit primitif de l'Église. (Tissot, *le Mariage, la Séparation et le Divorce*, p. 50; *Conciles d'Arles et de Nicée*, p. 36, 88), ni à l'époque celtique (Henri Martin, *Histoire de France*, t. I, p. 39, 466). Les rédacteurs du Code l'ont tirée de Montesquieu qui l'a trouvée dans la législation du Mexique (*Esprit des Lois*, t. XVI, ch. 15).

Elle donna lieu à un débat très-vif dans le Conseil d'État. Quelques orateurs de l'avis de Montesquieu désirèrent qu'on l'admît, afin d'empêcher que des époux trop légers, en se quittant et en se réunissant de nouveau, pour les motifs les plus futiles, ne se fissent, par leur divorce et leur réconciliation, un jeu du lien sacré du mariage. D'autres au contraire la repoussèrent, pour permettre aux époux qui regrettaient de s'être quittés, de reprendre le cours un instant interrompu de leur mariage, et pour laisser ainsi une porte ouverte au repentir et à la réparation. Nous pensons que cette dernière opinion s'accorde mieux que la première avec l'indissolubilité du mariage. Si le divorce est nécessaire, il n'en est pas moins un malheur. Il faut donc faire en sorte que le mariage qui est destiné à durer longtemps recouvre sa perpétuité. On atteindrait ce but, dans la mesure du possible, en permettant aux époux qui ont divorcé de se réunir.

Mais, que le législateur ait été bien où mal inspiré en édictant l'article 295, nous devons nous soumettre à sa disposition, aussi longtemps qu'elle n'aura pas été abrogée. La loi du 8 mai a-t-elle eu cet effet? Rien ne l'indique. Elle se borne à abolir le divorce pour l'avenir, sans faire allusion à l'article 297. Cette abolition ne saurait porter préjudice ni aux règles qui ont présidé aux divorces prononcés avant 1816, ni aux conséquences résultant de ces divorces. Les lois n'ont pas d'effet rétroactif, à moins d'une stipulation formelle à cet égard, et la loi du 8 mai n'en contient aucune.

L'article 2 de cette loi, en déclarant « que les jugements et arrêts restés sans exécution, par le défaut de prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, conformément aux articles 227, 264, 265, 266 du Code civil, sont restreints

Digitized by Google

aux effets de la séparation » statue même implicitement que les divorces régulièrement prononcés conservent tous leurs effets. Or, on ne peut contester que l'empêchement décrété par l'article 295 ne soit un effet du divorce.

D'ailleurs si les époux divorcés avaient été autorisés par la loi du 8 mai à se remarier ensemble après leur divorce, il était inutile de faire consacrer à nouveau cette faculté par l'article 2 du projet de loi du 8 décembre. Or, nous avons démontré plus haut que le même ministère, qui a fait voter l'abolition du divorce, a demandé, quelques mois plus tard, qu'il fût permis aux époux divorcés de se remarier ensemble. Cette disposition du projet de loi du 8 décembre prouve évidemment que les droits qu'il avait en vue n'étaient pas reconnus par la loi du 8 mai.

Le tribunal de Pontoise et la Cour de Paris statuèrent dans ce sens dans l'espèce suivante : Les époux Parein, après avoir fait prononcer leur divorce en 1812, s'étaient de nouveau réunis en 1814, n'avaient plus cessé de vivre ensemble, et un enfant était né de leurs relations en 1820. Désireux de régulariser leur situation et de légitimer cet enfant, ils requirent, en 1829, l'officier de l'état civil de célébrer leur mariage. Mais celui-ci s'y refusa, en se fondant sur l'interdiction qui était faite, par l'article 295, aux époux divorcés de se remarier ensemble. Les époux Parein prétendirent que la loi du 8 mai 1816 avait abrogé cette défense, et ils assignèrent l'officier de l'état civil devant le tribunal, aux fins de le voir condamné à procéder au mariage en question. Le tribunal les debouta de leur demande, le 24 mars 1829, par les considérants suivants : « Attendu que la législation sous l'empire de laquelle le divorce des époux Parein a été prononcé les frappait d'une incapacité perpétuelle et relative qui les empêchait de se réunir; attendu que la loi du 8 mai 1816, en abolissant le divorce, n'a statué que pour l'avenir, et ne s'est point expliqué sur les effets des divorces prononcés; qu'elle ne renferme aucune disposition sur l'état des époux divorcés, et ne contient aucune dérogation à l'article 295, d'où il suit que cet article continue toujours d'être en vigueur malgré toutes les considérations de morale et d'ordre public qui peuvent en réclamer l'abrogation..... La Cour confirma le jugement, le

Digitized by Google

14 juin 1847, sans y ajouter aucun motif nouveau (Sirey, 1847, 2, 400; Demolombe, t. III, n° 125; Aubry et Rau, t. IV, p. 74; Duvergier, *Revue de dr. fr.*, t. II, p. 24; Proudhon, t. I, p. 406; *contrà :* Delvincourt, t. I, 64, n° 6; Toullier, t. I, n° 556; Vazeille, t. I, 103; Dalloz, *Rép.*, v° MARIAGE, n° 272).

A la différence du droit français, toutes les législations étrangères autorisent les époux divorcés à se remarier l'un avec l'autre. Dans le Code civil autrichien, l'autorisation est formelle, § 119 « den getrennten vird überhaubt gestattet sich vieder zu vereheligen... » « Il est en général permis aux conjoints divorcés de se remarier ensemble. » (Rittner, *Droit matrimonial autrichien*, p. 122.) Dans la loi impériale allemande du 6 février 1875, l'autorisation résulte *à contrario* du § 33, n° 5 : « Die ehe ist verboten tzwischen einem vegen Ehebruchs geschiedenen und seinem mitschuldigen. » « Le mariage est prohibé entre l'époux contre lequel le divorce a été prononcé pour cause d'adultère et son complice. »

Suivant l'article 298, § 1 : « Dans le cas de divorce admis en justice, pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice... » Cette interdiction a été décrétée dans l'intérêt de l'ordre public et des bonnes mœurs. Si, après un divorce pour cause d'adultère, le conjoint coupable était autorisé à épouser son complice, il serait récompensé, au lieu d'être puni, du délit qu'il a commis. Le législatenr n'a pas pu permettre une pareille violation de la loi pénale, ni un semblable scandale. Les raisons qui nous ont conduit à décider plus haut que, malgré l'abolition du divorce, la prohibition contenue dans l'article 295 continue à subsister aujourd'hui, nous font admettre, *à fortiori*, le maintien de l'article 298, § 1. Concevrait-on, en effet, que la loi du 8 mai qui, d'après ses auteurs, a eu principalemeut pour but de venger les mœurs et de protéger le mariage, eût abrogé une disposition dont la violation serait le plus flagrant outrage à l'honnêteté publique et à l'union conjugale?

L'empêchement qui résulte de l'article 298, § 1, est, par sa nature même, perpétuel. A quelque époque que s'accomplirait le mariage de l'époux adultère et de son complice,

Digitized by Google

il offenserait la loi et serait un scandale pour la société (Aubry et Rau, t. IV, p. 75; Demolombe, t, III, n° 127; Delvincourt, t. I, 132; Vazeille, t. I, p. 103; Proudhon, t. I, p. 487).

Comme toutefois aucun texte ne prononce la nullité du mariage contracté contrairement aux dispositions des articles 295 et 298 n° 1, nous pensons que les empêchements dont nous venons de parler ne constituent que des empêchements prohibitifs (Aubry et Rau, t. IV, p. 75; Demolombe, t. III, n° 339; Duranton, t. II, n° 178; *contrà :* Proudhon, t. I, 407).

L'époux contre lequel a été prononcée la séparation de corps pour cause d'adultère, peut-il, après le décès de son conjoint, épouser son complice? Une morale rigoureuse exigerait peut être qu'il n'eût pas ce droit, car, quel que soit le temps qui s'est écoulé jusqu'au second mariage, cette union sera presque toujours considérée comme un scandale. Mais la loi ne le lui a pas retiré. Il faut en conclure que le mariage qu'il contracterait serait valable. L'article 298 dit expressément : « Dans le cas de divorce admis en justice, pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice », et aucune disposition relative à la séparation de corps ne contient une pareille défense. L'article 308, au chapitre de la séparation de corps qui traite aussi de l'adultère, reproduit, mot pour mot, le deuxième alinéa de l'article 298 et passe sous silence le premier. Cette omission n'est évidemment pas l'effet d'un oubli, et elle prouve que le législateur a voulu se montrer plus indulgent dans ce cas que dans l'autre.

La défense d'épouser le complice, telle qu'elle est décrétée par l'article 298 constitue du reste une pénalité, et une pénalité d'autant plus grave qu'elle porte atteinte à la liberté du mariage, et qu'elle est perpétuelle. Or, il n'est pas permis d'étendre une peine d'un cas à un autre. « Pœnalia restringenda. »

Mais, dût-on même voir dans cette interdiction une simple incapacité plutôt qu'une pénalité, il faudrait encore se garder de la transporter arbitrairement de la matière du divorce dans celle de la séparation de corps, car les dispositions prohibitives, alors surtout qu'elles forment des empêche-

Digitized by Google

ments de mariage, sont, autant que les peines, de droit étroit.

Qu'a voulu, au surplus, le législateur en édictant l'article 298, § 1? Assurément empêcher que le coupable ne pût immédiatement, et presque sous les yeux de la victime, épouser son complice, et ainsi trouver dans un second mariage la récompense de l'adultère. Or, la séparation de corps ne rompant pas le mariage, cette union si précipitée et si provocatrice n'est plus à craindre, et par conséquent les raisons qui ont fait proscrire le mariage après le divorce n'existent pas après la séparation de corps.

Serait-il vrai, comme on l'a prétendu, que la prohibition de l'article 298, § 1, vise plutôt l'adultère que le divorce, et, qu'à ce titre, elle doive être appliquée dans les deux cas? Rien n'autorise une pareille supposition, ni l'ancien droit, d'où l'article 298 est tiré, ni le Code civil. Il est certain que l'époux convaincu d'adultère ne pouvait pas, dans le droit romain, épouser son complice, de quelque manière que le mariage eût pris fin (L. 40. D.; L. 48, t. 5; nov. 134, ch. 12). L'Église décidait de même (Can. 40, concile de Fribur) : « Non licet ut ullus ea utatur in matrimonio cùm qua priùs « pollutus est in adulterio. » (Pothier, *Traité du contrat de mariage*, p. 233). Mais, dès le IXe siècle, on distingue, en France, entre l'adultère qui était accompagné de quelque circonstance, tel que le meurtre de l'époux trompé, où une promesse de mariage faite par l'époux adultère à son complice, et l'adultère simple. Le premier devint un empêchement dirimant. Le second un empêchement simplement prohibitif (Can. 69, concile de Meaux). « Is qui, vivente má- « rito, conjugem alterius adulterasse accusatur, et eo in « proximo defuncto eamdem sumpsisse dignoscitur, in om- « nimodis publicæ pænitentiæ subigatur, de quo etiam pæ- « nitentiam præfata servabitur regula, nisi forte idem aut « mulier virum qui mortuus fuerat occidisse notentur, aut « propinquitas vel alia quælibet actio criminalis impediat. » La *præfata regula,* à laquelle il est fait allusion, est celle du canon 64, qui porte qu'on pourra, à l'expiration du temps de la pénitence, permettre aux parties d'habiter ensemble, moyennant le payement de certaines aumônes où l'accomplissement de quelques œuvres pies (Pothier, *ibid.*). Cette

Digitized by Google

jurisprudence parut, au XIIIe siècle, encore trop sévère, et elle fut de nouveau modifiée. L'adultère aggravé resta un empêchement dirimant. Quant à l'adultère simple, il cessa de former même un empêchement prohibitif (Décret du pape Innocent III, ch. 6, *significasti T. de eo qui duxit,* etc. : « Si-« gnificasti quod quùm P. Civis spoletanus quamdam mu-« lierem duxisset legitime, ea relicta, cuidam meretreci « adhæsit; verùm quum uxor ipsius esset viam universæ « carnis ingressa, meretricem cui adhæserat desponsavit; « respondemus quod nisi alter eorum in mortem uxoris de-« functæ fuerit machinatus, vel, ea vivente, sibi fidem de-« derit, de matrimonio contrahendo, legitimum judices « matrimonium. » (Pothier, *ibid.*, p. 234.) La sentence d'Innocent III fixa la discipline de l'Église sur ce sujet. Si, conformément au droit canon, nous admettions que l'adultère, dont s'agit en l'article 298, constitue un empêchement de mariage par lui-même, il faudrait reconnaître, d'après le même droit, que l'adultère aggravé produit seul cet effet, et que l'adultère simple ne fait pas obstacle au mariage de ceux qui l'ont commis. Du moment que nous adoptons la doctrine canonique, force est de l'adopter tout entière. Nous ne saurions la scinder, en prendre une partie et répudier l'autre. Mais, dire que l'article 298 ne vise que l'adultère aggravé et qu'il est étranger à l'adultère simple, ne serait-ce pas violer manifestement la lettre de la loi qui, en parlant de l'adultère sans épithète, ne distingue pas entre les différentes espèces d'adultère, et les comprend l'une aussi bien que l'autre dans sa disposition? Les règles du droit canon doivent donc être écartées de la discussion qui nous occupe, et c'est dans le texte de l'article 298, et dans le Code civil qu'il faut chercher quelle a été l'intention du législateur.

L'adultère est au surplus constaté dans d'autres cas que dans une instance en séparation de corps, et notamment dans ceux des articles 336, 337, 339 du Code pénal, et nulle part il n'entraîne un empêchement de mariage entre l'époux coupable et son complice.

On invoque encore en faveur de l'opinion adverse le célèbre arrêt de la Cour suprême du 23 mai 1845 qui déclare l'époux, contre lequel a été prononcé une séparation de corps, de plein droit déchu de toutes les donations que lui a

Digitized by Google

faites son conjoint. Tout en reconnaissant que l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation était un puissant argument à l'appui de notre thèse, nous croyons néanmoins que la nouvelle n'y est pas contraire, et que l'application de l'article 299 à la séparation de corps n'entraîne pas nécessairement celle de l'article 298, § 1. Dans notre ancien droit on décidait déjà que l'époux qui obtenait la séparation de corps est autorisé à demander la révocation des libéralités qu'il a consenties à son conjoint. La Cour suprême n'a donc fait que confirmer, en la développant, la doctrine des Parlements. Elle innoverait au contraire étrangement, si elle appliquait à la séparation de corps la prohibition qui a été spécialement attachée au divorce par l'article 298, § 1. Ensuite, la déchéance portée dans l'article 299 est purement pécuniaire, elle ne vise que les biens du coupable, et est exclusive de tout caractère pénal, tandis que la prohibition formulée dans l'article 298, § 1, est toute personnelle, elle ne frappe que l'individu, abstraction faite de son patrimoine, et elle constitue la plus lourde des pénalités, puisqu'elle est perpétuelle. A ce point de vue encore, la Cour de cassation a pu appliquer l'article 299 à la séparation de corps, sans se considérer comme tenue par ce précédent à lui appliquer également l'article 298, § 1.

C'est donc à tort que l'on a soutenu que la prohibition de mariage contenue dans l'article 298, § 1, a été édictée en haine de l'adultère. L'ancien Droit, le texte et l'esprit de l'article 298 et les autres dispositions du Code civil, tout prouve que c'est contre le divorce, et contre le divorce seul que cette prohibition a été décrétée.

En résumé, l'article 298, § 1, ne distingue pas, comme l'Église, entre l'adultère aggravé et l'adultère simple. Quel que soit par conséquent l'adultère qui aura provoqué le divorce, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice. Le droit canon a beau contenir des dispositions plus indulgentes à cet égard. Notre loi est formelle, et c'est elle qui doit être suivie. Mais l'article 298, § 1, ne parle que du divorce, c'est-à-dire du cas où le mariage est rompu, où les époux dégagés du lien qui les attachait l'un à l'autre, peuvent immédiatement contracter un nouveau mariage. Il faut, dès lors, le restreindre au divorce, et se garder

Digitized by Google

de l'appliquer à la séparation de corps qui, bien qu'elle permette aux époux de vivre séparément, ne brise pas le lien conjugal.

(Pothier, p. 232; Merlin, *Rép.*, v° EMPÊCHEMENT, § 4, p. 555; Toullier, t. I, 555; Duranton, t. II, n° 179; Demolombe, t. III, n° 126; Aubry et Rau, t. IV, p. 75; Dalloz, *Rép.*, v° MARIAGE, n° 251; Toulouse, 10 juin 1852; Dalloz, Recueil, 1852, 2, 169; *Contra :* Delvincourt, t. I, p. 132; Vazeille, t. I, 103, *nec obstat.*; Cass. 23 mai 1845, Sirey, 1845, 1, 321).

Le Code civil italien, qui n'admet pas non plus le divorce, n'impose, par l'article 156, à l'époux contre lequel a été prononcée la séparation de corps, pour une cause quelconque, et par conséquent pour adultère, que la perte des avantages pécuniaires qu'il pouvait retirer du mariage, et celle de l'usufruit légal : « Il conjuge per colpa del quale fu pronunziata « la separazione, incorre nella perdita dei lucri dotali, di « tutti gli utili che l'altro conjuge gli avesse concessi col « contratto matrimoniale, ed anchè del l'usufrutto legale. » Il n'est nulle part question d'un empêchement de mariage.

Dans l'ancien droit allemand, le mariage était prohibé entre l'époux contre lequel la séparation de corps avait été prononcée pour cause d'adultère et son complice, aussi bien qu'entre l'époux contre lequel le divorce était prononcé pour cause d'adultère, et son complice. Les causes qui entraînaient cette prohibition devaient être insérées dans le jugement de séparation de corps ou de divorce. Lorsque cette condition a été remplie, l'époux coupable ne pouvait contracter un nouveau mariage, sans en avoir préalablement obtenu la permission en justice. Dans aucun cas, il n'était autorisé à convoler avec son complice. (*Preüssisches Landrecht*, 2e partie, titre I, §§ 734, 737, 736; §§ 25, 26, 27, 28, 20, *ibid.*).

La loi impériale allemande du 6 février 1875 a supprimé la séparation de corps et accordé aux époux séparés de corps conformément à l'ancien droit, la faculté de demander le divorce; mais la séparation de corps qui n'a pas été convertie en un divorce continue à produire les effets qui y étaient attachés, et notamment l'empêchement de mariage susvisé (§ 77). La loi du 6 février 1875 maintient l'interdiction de

Digitized by Google

mariage entre l'époux contre lequel le divorce a été prononcé pour cause d'adultère, et son complice. Toutefois, elle donne aux tribunaux le droit d'accorder des dispenses (§ 33 *in fine*).

D'après le Code civil autrichien, l'adultère constitue par lui-même, et indépendamment de tout divorce, ou de toute séparation de corps qui ont pu s'en suivre, un empêchement de mariage entre l'époux adultère et son complice, à la seule condition qu'il ait été judiciairement constaté avant la formation du nouveau mariage (§ 67). « Eine ehe zwischen 2 « personen die miteinander einen ehebruch begangen haben « ist ungiltig. Der ehebruch muss vor der geschlossenen ehe « bewiesen sein. » « Le mariage entre deux personnes qui « ont commis ensemble un adultère est nul. Mais il faut que « l'adultère ait été constaté avant le convol. » La constatation résulterait d'une condamnation criminelle, pour adultère, bigamie, etc., conformément aux §§ 502, 505, 507, 125, 127 du Code pénal autrichien, ou d'un jugement qui aurait prononcé la séparation de corps (Rittner, *Droit matrimonial autrichien*, 1876, p. 119 *in fine*, 123 *in fine*, 124, n° 13).

Il en est de même dans le Code civil du canton de Zurich où le paragraphe 75 prohibe tout mariage entre personnes qui ont commis ensemble un adultère, si l'adultère a provoqué le divorce, ou s'il a été judiciairement puni. « Personen « velche mitteinander einen ehebruch begangen haben dur- « fen sich nicht beirathen, insofern der ehebruch die schei- « dung begründet hat, oder gerichtlich bestraft vorden ist. » « Ceux qui ont commis un adultère ne peuvent se marier « ensemble, si l'adultère a provoqué le divorce ou a été judi- « ciairement puni. » (Rittner, *ibid.*, p. 122.)

Que décider du mariage qu'un étranger divorcé conformément aux lois de son pays voudrait contracter en France, avec une étrangère ou même une Française? Cette question est du plus haut intérêt pratique à raison des rapports de plus en plus intimes qui s'établissent entre les nations et mérite, à ce titre, un sérieux examen.

La capacité du Français, en matière de second mariage, se détermine par les articles 147 et 227 du Code civil. L'article 147 porte : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. » Et l'article 227 :

Digitized by Google

« Le mariage se dissout : 1° par la mort de l'un des époux, etc. » Un Français, qui est marié, ne peut donc contracter un nouveau mariage qu'après la dissolution du premier, et le premier ne se dissout que par le décès de l'un des conjoints. Cette règle régit le Français à l'étranger aussi bien qu'en France. Aux termes de l'article 3, § 3, du Code civil « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. » Les dispositions relatives au mariage intéressent évidemment notre état, notre capacité. Elles sont dès lors de celles qui s'imposent à nous en dehors comme au-dedans de nos frontières. « Post equitem sedet, personam sequitur sicut umbra, sicut cicatrix in corpore. » Tronchet l'a proclamé en disant, dans la séance du 6 vendémiaire an X : « Un Français demeure soumis aux lois de son pays, par rapport au mariage. » (Locré, t. III, p. 213.) Le mariage que nous contracterions à l'étranger, au mépris des dispositions du Code civil, serait par conséquent nul en France, bien qu'il pût être valable devant la loi étrangère. La Cour de Paris a appliqué ces principes, en jugeant, le 17 juillet 1876, que la princesse de Beauffremont n'a pu se faire naturaliser dans l'État de Saxe-Altenburg, sans le consentement de son mari, ni contracter, à la faveur de cette naturalisation, un second mariage, avant la dissolution de son premier (Sirey, 1876, 2, 249).

Si le Français reste, hors de chez lui, sous l'empire de sa loi d'origine, il faut admettre que, de son côté, l'étranger est gouverné par la sienne en France. Car ce n'est qu'à la condition d'appliquer à l'étranger sa loi personnelle chez nous que les tribunaux étrangers nous appliqueront la nôtre chez eux. La discussion à laquelle a donné lieu l'article 3 prouve, jusqu'à l'évidence, que le législateur a eu l'intention de consacrer cette réciprocité. Le projet du titre préliminaire du Code portait une disposition ainsi conçue : « La loi oblige indistinctement tous ceux qui habitent le territoire. » (Locré, *Lég.*, t. I, p. 380, art. 3.) Mais Tronchet ayant fait observer, dans la séance du 14 thermidor an IX, que l'étranger n'était pas soumis aux lois qui régissent l'état et la capacité, et qu'ainsi la rédaction de l'article avait une portée trop grande, on effaça le mot « indistinctement. »

Digitized by Google

(Locré, *Lég.*, t. I, p. 399, n° 10.) L'année suivante, dans la séance du Conseil d'État du 6 vendémiaire an X, Tronchet reproduisit la même idée, en l'appuyant d'un exemple tiré précisément du mariage. « Un Français, dit-il, demeure soumis aux lois de son pays, par rapport au mariage; mais ces lois ne s'étendent pas à l'étrangère qu'il épouse. Il lui est donc permis de prendre une fille à qui les lois du pays, où il se trouve, donnent la capacité de se marier. (Locré, t. III, p. 213, 1re subdivision.) Merlin est tout aussi explicite. « Du principe que les lois françaises concernant la capacité et l'état des personnes régissent le Français, même résidant en pays étranger, il suit tout naturellement, dit ce savant jurisconsulte, que, par réciprocité, les lois qui régissent l'état et la capacité des étrangers les suivent en France, et que c'est d'après ces lois que les tribunaux français doivent juger s'ils ont ou n'ont pas d'état, s'ils sont capables où incapables. » (*Rép.*, v° Loi, § 6, n° 6.) L'étranger sera donc capable où incapable de se marier chez nous, suivant qu'il le serait chez lui, en conformité de sa loi nationale, et abstraction faite de la nôtre. Il suit de là que si un étranger est régulièrement divorcé, dans son pays d'origine, et admis à y contracter, après son divorce, un second mariage, il doit également être autorisé à se remarier chez nous, soit avec une étrangère, soit avec une française.

Quelques auteurs et plusieurs arrêts rejettent cependant cette solution, et prétendent que l'étranger, quoique légitimement divorcé dans son pays, n'est pas plus que le Français, capable de se remarier en France, avant le décès de son conjoint.

Demangeat, *Revue pratique*, t. I, 1856, p. 57; Mailher de Chassat, *Observat. sur l'arrêt de la Cour de Paris du 4 juillet* 1859 (Sirey, 1859, 2, 401).

La Cour de Paris statua dans ce sens, par arrêt du 30 août 1824. Mary Brian, anglaise, régulièrement divorcée en Angleterre, voulut épouser en secondes noces le sieur Larue, dit Maussion, peintre français. Sur le refus du maire du troisième arrondissement de Paris, de procéder au mariage, les parties assignèrent l'officier de l'état civil devant le tribunal de la Seine, pour s'entendre condamné à les unir. Mais le tribunal prononça que Mary Brian, quoique divorcée

Digitized by Google

selon la loi qui règle son état, était, au regard de la loi française, qui n'admet pas le divorce, encore présumée mariée, et qu'elle ne pouvait par conséquent pas contracter une nouvelle union. Sur l'appel, la Cour confirma ce jugement (Sirey, C. Nap., 7, 2, 435.)

D'autres arrêts jugèrent de même, notamment : Paris, 28 mars 1843 (Sirey, 1843, 2, 566). Paris, 4 juillet 1859 (Sirey, 1859, 2, 402).

MM. Aubry et Rau font une distinction : suivant eux, l'officier de l'état civil requis de procéder à la célébration de son second mariage entre un étranger divorcé et une française où une étrangère, est tenu de refuser son ministère, mais si le mariage était accompli, il demeurerait valable (t. IV, p. 116-117).

Cette doctrine est fondée sur plusieurs motifs que nous allons passer en revue et tâcher de réfuter. La capacité de l'étranger qui veut se remarier en France, dit-on, doit être appréciée d'après la loi française. Si, par conséquent, un Français est incapable de contracter tel ou tel mariage, et notamment de convoler à de secondes noces avant la mort de son conjoint, l'étranger le sera également. Mais soutenir une pareille opinion, c'est nier que, même en France, l'étranger ne relève, quant à son état et à sa capacité, que de sa loi personnelle, ainsi que le veut l'article 3, et que l'a reconnu Tronchet, lors de la rédaction du titre préliminaire du Code. Or, nous avons démontré ce principe trop clairement, pour y revenir encore une fois. Et puis, en supposant même qu'aucun texte du Code ne prescrivît que la capacité de de l'étranger doit être appréciée, en France, d'après la loi étrangère, et non d'après la nôtre, le droit naturel suffirait pour consacrer cette règle. Il est juste en effet que la même loi, qui a présidé à la formation d'un contrat, préside également à sa dissolution. « Nihil tam naturale quam unum « quodcunque eodem genere dissolvi quo colligatum est. » Nos anciens auteurs n'hésitaient pas à appliquer cette maxime au contrat de mariage. Dans certaines provinces, le contrat de mariage n'était susceptible de recevoir aucun changement, « constante matrimonio. » Dans d'autres, au contraire, il pouvait en subir. On se demande si le transfert du domicile conjugal d'une province où le contrat était

Digitized by Google

immuable dans une autre où il pouvait être changé, autorisait les époux à modifier leurs conventions matrimoniales. Le président Bouhier, traitant la question, répondit que la loi qui a réglé la formation d'un contrat doit en régler aussi la dissolution, et que des époux ne sauraient, en passant d'une législation sous une autre, à la faveur d'un transfert de domicile, modifier leur contrat de mariage. « Ainsi, pour savoir si une veuve mariée, sous la coutume de Paris, et dont le mari avait transféré son domicile à Bruxelles, peut résilier son contrat de mariage, on ne consultera certainement pas la coutume de Bruxelles qui le lui permet, mais on s'attachera à la coutume de Paris qui ne laisse pas une faculté aussi extraordinaire à la veuve. » (Merlin, *Rép.*, v° DIVORCE, p. 770.) Merlin va plus loin, il applique au mariage lui-même la règle que le président Bouhier n'appliquait qu'au contrat de mariage. « Supposons, qu'avant l'introduction du divorce en France, deux époux mariés en Pologne, où la loi admettait le divorce, et le déclarait compatible avec les dogmes catholiques, fussent venus s'établir en France, et que l'un d'eux eût actionné l'autre devant nos tribunaux, en dissolution de leur mariage; très-certainement nos tribunaux n'auraient pas repoussé cette action, sous le prétexte que la loi française ne reconnaissait pas le divorce, ils l'auraient au contraire accueillie sur le fondement que le divorce était reconnu par la loi de la Pologne. » (Merlin, *ibid.*) Si les magistrats français doivent prononcer le divorce, sur la demande d'époux étrangers, autorisés à divorcer, d'après la loi de leur pays, à plus forte raison doivent-ils respecter le divorce prononcé par un tribunal étranger, entre deux époux étrangers.

On ajoute : la capacité d'un étranger qui a divorcé de se remarier ne saurait, dans tous les cas, relever le Français de sa propre incapacité. Si le Français est, d'après sa loi, incapable d'épouser une étrangère divorcée, cette dernière a beau être capable de se marier avec lui, l'incapacité de l'un n'est pas purgée par la capacité de l'autre. Nous nous trouvons en présence de deux lois indépendantes, et devant être observées chacune séparément. Mais cette incapacité du Français, dont se prévalent nos adversaires, n'est édictée nulle part. Nos lois nous défendent de contracter un second

Digitized by Google

mariage, avant la dissolution du premier, et elles ajoutent que le mariage ne se dissout que par le décès de l'un des conjoints. Or, en quoi le Français qui épouse une étrangère divorcée contrevient-il à ces dispositions? Est-il douteux que le mariage de l'étrangère soit dissous? La preuve qu'il n'existe plus résulte du jugement qui a prononcé le divorce, de la capacité qu'aurait cette étrangère de se remarier chez elle, et du nouveau mariage que son conjoint a peut-être même déjà contracté. Dira-t-on que le divorce ne constitue plus, aux yeux de la loi française, un mode légitime de dissolution du mariage? Nous en convenons pour les mariages entre Français. Une loi française a aboli le divorce en 1816. Aucun mariage entre Français ne sera donc plus dissous par le divorce, à partir de cette époque. Mais en est-il de même pour les mariages entre étrangers? Notre loi n'a ni pu ni voulu proscrire le divorce en dehors de nos frontières. Les mariages entre étrangers restent dès lors soumis aux lois des parties qui les ont contractés, et ils seront susceptibles de se dissoudre par le divorce, toutes les fois que ces lois consacreront ce mode de dissolution. Pour que nous fussions autorisés à appliquer notre propre loi aux mariages étrangers, il faudrait qu'elle déclarât, par une disposition expresse, qu'aucun mariage n'est dissous par le divorce, en France, pas plus celui des étrangers que celui des Français, et cette disposition n'existe pas. En prétendant que la capacité de l'étranger ne relève pas le Français, on commet donc une pétition de principe, puisqu'on suppose prouvée d'avance, ce qu'il faudrait au contraire prouver, l'incapacité des Français.

La plupart des partisans du système que nous combattons objectent la loi de 1816, en disant, qu'à partir de cette loi, aucun divorce ne peut plus être utilement invoqué devant les tribunaux français, comme une cause de dissolution du mariage. Les Français divorcés avant 1816 sont encore aujourd'hui fondés à se remarier. Nous l'avons démontré plus haut. Les étrangers divorcés avant 1816 ont le même droit. Si le convol est permis à des Français dont le divorce a été prononcé par un tribunal français, à plus forte raison n'est-il pas défendu à des étrangers dont le divorce est intervenu devant des juges étrangers. Il faut en dire autant

Digitized by Google

des étrangers divorcés chez eux depuis 1816. Ils doivent être placés sur la même ligne, et jouir des mêmes droits que ceux dont nous venons de parler. Puisque la loi de 1816 n'empêche pas les époux divorcés avant cette époque de se remarier, c'est qu'évidemment elle ne s'applique qu'aux divorces qui ont été prononcés sous son empire. Or, ceux qui sont intervenus devant les tribunaux étrangers ont eu lieu en dehors d'elle, tout aussi bien que ceux qui émanent de juges français, avant 1816. Il faut dès lors traiter les uns comme les autres, et par conséquent admettre les conjoints divorcés à l'étranger, depuis 1816, à se remarier en France, sans plus de difficulté que les Français divorcés avant cette époque. C'est l'opinion de Merlin, et l'argumentation du savant procureur général est trop convaincante pour que nous ne la reproduisions pas : « Sans doute, dit-il, en abolissant le divorce, le 8 mai 1816, le législateur français a véritablement déclaré qu'il ne reconnaîtrait plus pour divorcés que les époux qui avaient précédemment fait dissoudre leur mariage par cette voie. Mais il n'a disposé et n'a pu disposer ainsi pour les époux régis par les lois étrangères, et la raison en est simple : c'est qu'il n'a aboli et n'a pu abolir le divorce que pour les époux français; c'est qu'il ne l'a pas aboli et n'a pu l'abolir pour les époux étrangers, Quelle différence y a-t-il donc entre les époux étrangers qui ont été divorcés dans leur pays, depuis la loi du 8 mai 1816 et les époux français qui ont été divorcés en France, avant cette loi? Aucune. Ceux-là ont été, ni plus ni moins que ceux-ci, divorcés hors de l'empire de la loi du 8 mai 1816. La loi du 8 mai 1816 n'a donc pas plus neutralisé les effets du divorce des premiers qu'elle n'a neutralisé les effets du divorce des seconds. En deux mots, le mariage des uns est dissous ni plus ni moins que le mariage des autres. Il n'est donc pas possible d'appliquer aux uns plus qu'aux autres la disposition de l'article 147 du Code civil par laquelle il est dit qu'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. » (Sirey, 1860, 1, 218.)

Si nos tribunaux considéraient comme nuls en France les divorces régulièrement prononcés à l'étranger, ils devraient naturellement tenir aussi pour non avenus tous autres modes de dissolution du mariage, qui seraient admis dans les légis-

Digitized by Google

lations étrangères, sans l'être dans la nôtre, et notamment la mort civile qui est conservée en Espagne et l'impuissance qui l'est en Angleterre. Il n'y aurait aucune raison pour reconnaître ceux-ci plutôt que celui-là.

Le principal argument de la doctrine adverse est tiré de l'immoralité du divorce. Nous savons que le divorce favorise souvent bien des passions coupables, et nous nous souvenons de ces vers indignés de Martial :

> Aut minus aut certe non plus tricesima lux est,
> Et decimo nubit jam Telesina viro,
> Quæ nubit toties, non nubit; adultera lege est,
> Offendar mœcha simpliciore minus.

Mais c'est là l'abus d'un droit, et non le droit. Dans tous les cas, il faut distinguer, parmi les actions immorales, celles qui le sont partout et toujours, et qui constituent un attentat à la morale universelle, comme le vol, l'incendie, le meurtre, et celles qui ne sont taxées de la sorte qu'accidentellement, et qui ne blessent que les idées d'un peuple où d'une génération, telles que la dîme, le droit d'aînesse, le majorat. « Quædam natura turpia sunt, quædam civiliter et « quasi more civitatis, » dit Cujas, d'après Ulpien, tit. XLII, *De verb. signif. recit. solem.* Cod., *De sponsalibus.* Les premières ne sont jamais dignes d'aucune considération, tandis que les secondes commandent toujours le respect. Prohibées aujourd'hui, elles seront peut-être permises demain. Le divorce est une de ces actions d'une moralité essentiellement relative. Il est défendu par quelques lois religieuses et civiles « civiliter et more civitatis » plutôt que par le droit naturel. Notre législation de 1816 l'a supprimé comme un outrage à la société et à la famille, et le législateur allemand l'a au contraire institué dans l'intérêt des mœurs et de l'honneur conjugal : « Attendu, dit un arrêt du tribunal d'appel de Deux-Ponts, du 27 juin 1870, que les époux ne doivent pas être unis en mariage, lorsque l'un d'eux a gravement manqué aux devoirs acceptés par le mariage, et qu'il a ainsi rendu impossible à l'autre époux de vivre avec lui, sans manquer à la moralité et à l'honneur. » (*Journal du dr. civ. fr.*, t. IV, 1874.) Les religions anciennes, le judaïsme autant que les autres, ont toutes admis le divorce. Si l'on en

Digitized by Google

croit Selden, Moïse lui-même aurait divorcé (Tissot, p. 46). Le catholicisme, qui en a surtout vu les excès, dans les dernières années de l'empire romain et chez les Barbares, fit tous ses efforts pour le supprimer, et il réussit vers le xve siècle. Mais l'église d'Orient et les religions protestantes continuèrent à le maintenir dans leurs législations. Nos anciens parlements ne déployèrent pas non plus contre le divorce la sévérité que l'on réclame aujourd'hui de nos tribunaux. Ainsi que nous l'avons dit, le divorce a de tout temps été approuvé par la synagogue. Les Juifs ont toujours assimilé le mariage à tout autre contrat civil, et professé qu'il pouvait être rompu, comme il s'était formé, par la volonté des époux. Lorsqu'ils furent admis à se fixer en France, ils obtinrent, par lettres patentes de Henri II et de Louis XVI, le privilége de se gouverner et de vivre selon leurs usages. Au nombre de ces usages était la faculté de divorcer, et celle d'exiger un libelle de divorce du conjoint qui sortait du judaïsme, pour embrasser une autre religion. Nos annales judiciaires témoignent qu'ils en usèrent partout où ils étaient établis, avec l'aide et l'assistance des autorités civiles et religieuses. En 1728, un infidèle s'étant converti divorça, et se remaria à Paris, du consentement de M. de Noailles alors archevêque. Un arrêt du Conseil souverain d'Alsace du 27 mars 1769 jugea qu'une juive convertie avait pu valablement divorcer et convoler à d'autres noces (Sirey, 1860, 1, 214). Enfin une sentence du Châtelet, du 10 mai 1779, prononça le divorce entre un nommé Peixotte, juif domicilié à Bordeaux, et Sara Mendès d'Acosta, sur la demande du mari. Il est vrai qu'un arrêt du Parlement de Paris, du 2 janvier 1758, jugea le contraire, Borach Lévy, juif originaire de Haguenau, s'était converti au catholicisme et fixé à Paris. Sa femme, Mendel Cerf, également native de Haguenau, refusa de le suivre et lui envoya un libelle de divorce. Les parties comparurent devant l'official de Strasbourg, et le mari obtint, le 7 novembre 1754, une sentence qui prononçait le divorce. Lévy se fiança alors avec Anne Thevart, demeurant à Villeneuve-sur-Bellot, et voulut se remarier. Sur le refus du curé de publier les bans, sous le prétexte que le premier mariage n'était pas dissous, Lévy l'assigna à l'officialité de Soissons

Digitized by Google

qui confirma la décision du curé. Lévy appela de cette sentence comme d'abus devant le Parlement, mais celui-ci le débouta et lui défendit de convoler à d'autres noces, avant le décès de Mendel Cerf (Merlin, *Rép.*, v° MARIAGE, sect. 2, § 3). La faculté de divorcer et de se remarier du vivant de son conjoint fut supprimée par lettres patentes du 10 juillet 1784. Mais cette contrariété de jugements et ces lettres patentes n'attestaient, qu'avec plus d'évidence, l'existence de l'usage en question, et la tolérance avec laquelle on l'avait sanctionné, quelque antipathique qu'il fût à nos institutions civiles et religieux. Les juifs étant alors des étrangers à l'intérieur, et leurs communautés formant de véritables États dans l'État, il n'y avait qu'un pas à franchir pour appliquer aussi la loi étrangère aux étrangers en France. Ce pas fut franchi, et les Parlements, loin de penser qu'ils pussent faire tort à la loi française en jugeant l'étranger d'après sa loi nationale, croyaient au contraire respecter la souveraineté de l'une et de l'autre. La princesse de Soluski-Sambucco, catholique polonaise, divorça dans son pays, suivant sa loi d'origine, et alla ensuite s'établir en France. Elle se fiança avec le prince de Nassau-Pieghen, à Paris, où ils étaient domiciliés tous deux, et ils voulurent se marier ; mais l'archevêque, M. de Beaumont, n'approuva pas cette union, en alléguant que le premier mariage de la princesse subsistait encore. En présence de cette difficulté, le roi donna aux fiancés des lettres patentes à l'effet de transférer leur domicile à Strasbourg, et le mariage fut célébré dans cette ville (Denizart, *Rép.*, v° DIVORCE, t. XV, p. 425). Beaucoup de nations, l'Angleterre, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Hollande, la Suisse, la Russie, la Grèce, l'Amérique pratiquent aujourd'hui le divorce, et si l'on songe à l'avenir réservé aux puissances protestantes dans les deux mondes, qui répondrait qu'avant la fin de notre siècle, il ne sera pas redevenu le droit commun du globe ?

La validité du second mariage contracté en France par l'étranger régulièrement divorcé dans son pays est soutenue par beaucsup d'auteurs (Merlin, *Questions de droit*, v° DIVORCE, § 13 ; Demolombe, t. I, n°s 100 et 101 ; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 37 ; plaidoirie de M. Dufaure, *Gazette des tribunaux*, 5 juillet 1859).

Digitized by Google

Elle a été consacrée également par un grand nombre d'arrêts. La Cour de Nancy saisie d'une espèce semblable à celle de Mary Brian, reconnut, par arrêt du 30 mai 1826, sur les conclusions conformes de M. Troplong, alors procureur général, la validité du second mariage qu'un militaire français avait contracté, en Prusse, avec une allemande divorcée conformément aux lois de son pays (Sirey, C. Nap., 8, 2, 238). La Cour de cassation proclama, à son tour, et avec l'autorité qui s'attache à ses décisions, la légitimité de cette doctrine. L'arrêt de la Cour de Paris, du 4 juillet 1859, lui en fournit l'occasion. La dame Buckley se pourvut contre la sentence qui l'avait déclarée incapable de se remarier en France, bien qu'un divorce régulier eût été prononcé contre elle et son mari en Hollande. M. Dupin, dans des conclusions savantes, où il rappelait à M. Troplong, premier président de la Cour de cassation, l'opinion de l'ancien procureur général de la Cour de Nancy, sollicita énergiquement la réformation de l'arrêt. M. Sevin, dans un rapport impartial et lumineux, se joignit à lui pour demander la consécration de la doctrine de l'arrêt de Nancy, et la Cour cassa le 28 février 1860 l'arrêt qui lui était déféré, pour violation de l'article 3, et fausse application des articles 6 et 147 du Code civil, ainsi que de l'article 1 de la loi de 1816. La véritable éloquence obtint, ce jour, le plus légitime succès et le droit remporta une grande victoire (Sirey, 1860, 1, 210). La Cour d'Orléans, sur le renvoi qui lui fut fait de la cause, jugea dans le même sens que la Cour suprême, par arrêt du 19 avril 1860 (Sirey, 1860, 2, 196). Enfin la Cour de Paris elle-même, appelée à statuer sur le délai dans lequel une femme étrangère, divorcée d'après la loi de son pays, pouvait convoler à d'autres noces, en France, répudia sa dernière jurisprudence, et consacra implicitement, par arrêt du 13 février 1873, celle de la Cour de cassation (Sirey, 1873, 2, 112).

PROSPER SCHAEFFER.

(La suite prochainement.)

Digitized by Google

D'UN ADOUCISSEMENT A LA LOI SUR LES FAILLITES,

Par M. André SABATIER, avocat.

> Il ne dépend d'aucune loi de faire qu'une défaveur morale ne soit pas attachée au fait de ne pas tenir ses engagements, pas plus qu'il ne dépend d'aucune loi d'empêcher qu'une faillite soit toujours une mauvaise affaire pour les créanciers. (Réponse du tribunal de Marseille au questionnaire Ducuing.)

Dans un précédent article [1], nous réclamions, entre autres mesures rendues nécessaires par le nombre croissant des faillites clôturées pour insuffisance d'actif, une répression plus sévère; notre but est, dans le présent article, d'examiner les adoucissements que comporte la loi de 1838.

Il est possible en effet d'améliorer la loi et d'accroître son efficacité, en rendant plus rigoureuse la poursuite de la fraude et de la négligence, et simultanément en exemptant d'injustes flétrissures et d'entraves pénibles le négociant honnête que le malheur frappe.

C'est là une question que pourra nous aider à résoudre l'étude de cette longue et ardente campagne qui est menée, sous le nom de *Concordats amiables*, depuis trente ans par nombre de juristes et d'économistes distingués.

Voici sommairement les critiques principales dirigées contre la loi de 1838, par les partisans des concordats amiables [2].

I. Le failli ne dépose son bilan que pour éviter la vente de son mobilier; rarement, il prend cette résolution, avant d'avoir épuisé son actif dans une lutte stérile et pénible; le plus souvent, la faillite est déclarée sur la citation d'un créancier [3].

[1] Voir *Revue critique*, nouvelle série, t. VII, p. 344.

[2] Rapport de M. Mathieu Bodet à l'Assemblée nationale, séance du 17 avril 1871; Lyon-Caen, *Revue critique de législation*, année 1875, p. 288; Ducuing, *Guide judiciaire et pratique en matière de faillite;* Arthur Mangin, *Économiste français;* Cyprien Girerd, discussion à l'Assemblée nationale; Dramard, etc.; Réponse au questionnaire Ducuing par la chambre de commerce de Saône-et-Loire (1871, Sordet-Montalan, Châlon-sur-Saône).

[3] Sur les 28,000 faillites déclarées de janvier 1847 à octobre 1871, nous ne croyons pas qu'une seule l'ait été la suite d'un dépôt de bilan effectué par le débiteur dans les trois jours de la cessation de ses payements (Camberlin, secrétaire de la présidence du tribunal de commerce de la Seine; proposition faisant suite aux réflexions sur les concordats amiables).

Digitized by Google

Cette résistance du débiteur à faire l'aveu judiciaire de son insolvabilité, s'explique facilement.

Depuis l'abolition de la contrainte par corps, la faillite n'a plus pour effet d'exonérer le débiteur de l'emprisonnement; entre deux maux, il n'a plus à choisir le moindre ; tant qu'il est *in bonis*, il est assuré de sa liberté et de ses biens ; tous ses efforts se concentrent dès lors à éviter la seule mesure de rigueur qui puisse l'atteindre dans son honneur, sa propriété et même sa liberté, car la faillite rend l'emprisonnement possible (art. 455 C. comm.)

Le régime de la faillite n'est pas attrayant, tant s'en faut; le syndic dispose de l'actif, discute et vérifie le passif, scrute les agissements du débiteur; le parquet est saisi d'un droit immédiat et souverain d'investigation, car le failli est suspect; la police correctionnelle ou la cour d'assises peut être saisie; l'actif est réalisé à bref délai et par suite dans des conditions souvent désavantageuses; le passif échelonné sur un laps de temps étendu, devient immédiatement exigible.

De cet effondrement général, que résulte-t-il? Pour les créanciers la distribution de ressources fatalement très-réduites; pour le failli, la flétrissure morale et la ruine d'un avenir commercial, qui, plus ménagé, pouvait offrir des chances de relèvement.

Le concordat peut atténuer ces dures conséquences de la faillite; mais que d'écueils à éviter depuis le dépôt du bilan jusqu'à l'homologation ! D'ailleurs l'honneur n'est-il pas entamé et le crédit n'est-il pas ébranlé?

« Partout à chaque pas, vous trouverez dans la législation « une tentative d'arrangement, avant de se voir exposé aux « frais d'un procès (*ordres judiciaires, distribution par contri-« bution, préliminaire de conciliation*). Il n'y a absolument que « dans la faillite que ce préliminaire ne se trouve pas et que « créanciers et débiteurs sont dans la nécessité d'en passer « par ces formalités et de subir les frais de la faillite sans « avoir tenté de s'accorder; on condamnera d'abord le débi-« teur, on l'exécutera et on le jugera ensuite [1]. »

[1] Cyprien Girerd (Assemblée nationale, 22 avril 1871). Voir dans le même sens : *Plus de faillites*, par Denenval (Dentu, 1867) ; *Observations sur la loi des faillites*, par Leblanc (Paris, Lechevallier, éditeur) ; Rapport aux chambres syndicales de l'Union nationale, journal l'*Union nationale* des 30 décembre 1868 et 25 novembre 1868, 14 avril 1869. *Contrà :* chambres

Digitized by Google

Cette terreur de la faillite enfante une lutte, qui épuise le temps et l'intelligence du débiteur; il use son activité non plus à conclure des affaires productives, mais exclusivement *à faire de l'argent;* non pas attiré par l'appât du gain, mais tyrannisé par le spectre de l'échéance, cette échance *in extremis* prorogée après protêt ou saisie, il creuse un abîme pour boucher quelques trous.

Et cette résistance si onéreuse pour tous, que la loi prohibe sous des peines sévères, quel négociant n'est pas disposé à en accepter les périls dans l'espoir qu'avec le temps, il pourra rétablir sa situation? L'opinion publique n'excuse-t-elle pas ses efforts pour éviter l'infamie et la confiscation? Trop de résignation du débiteur à accepter pareille déchéance témoignerait d'une dignité trop facile : la crainte de la faillite n'est-elle pas l'étiage de la moralité commerciale?

Ces considérations ont inspiré l'idée d'atténuer les conséquences trop rigoureuses qn'entraîne la cessation de payements constatée; d'ailleurs le commerçant qui manque à ses engagements, n'est pas nécessairement coupable; la faute peut être grave, légère et même nulle : pourquoi attacher la flétrissure à un fait matériel, sans en dégager les éléments qui peuvent être à la décharge du débiteur?

Pourquoi le jeter fatalement entre cette lutte à outrance presque toujours onéreuse et dénuée de succès et cette déchéance implacable? ni l'intérêt ni la morale n'y trouvent leur compte.

Concordataires, unionistes, excusables ou inexcusables, faillis récidivistes, tous sont confondus dans une appellation générale; c'est la seule que le public enregistre; quant à la banqueroute simple et à la banqueroute frauduleuse, elles sont le complément, mais fréquemment non la partie la plus sensible et la plus retentissante du châtiment; l'infamie pénale se perd dans le temps; la faillite ne s'efface pas. Enfin la réalisation de l'actif ne sera-t-elle pas plus avantageuse, si elle est confiée à celui qui a le plus grand intérêt à en augmenter le produit?

syndicales des entrepreneurs et du commerce en gros des vins et spiritueux (1872, Boucquin, Paris); *Étude comparée sur la loi anglaise de* 1869, F. Gardissal (1871, Paris). M. Louvet, président du tribunal de commerce de la Seine, aurait présenté un projet dans ce sens (journal l'*Union nationale* du 5 décembre 1868).

Digitized by Google

« En résumé, *dit M. Ducuing*, que la loi soit d'un accès facile, « qu'elle soit débarrassée de ce qu'elle a de pénible, de rigoureux, « parfois d'injuste dans sa sévérité; qu'elle soit rendue, je dirai « presque attrayante par sa vigilante bienveillance: il est évident « que sachant qu'en faisant appel au tribunal, il y trouvera aide et « protection, que sa situation prise à temps sera liquidée au mieux « des intérêts de tous, de sa considération, de son avenir, le débi- « teur réellement malheureux n'hésitera plus à faire connaître sa « position et à la remettre à des personnes dignes de la confiance « de chacun[1]. »

II. Unanimes dans leurs critiques, les réformateurs de la loi sur les faillites sont assez divisés dans les solutions qu'ils proposent; la philanthropie est facile jusqu'au moment où il la faut concilier avec des nécessités que la loi constate, plutôt qu'elle ne les crée; en face de la pitié qu'inspire le débiteur se dressent les droits des créanciers dont la protection réclame des mesures précises et efficaces.

La difficulté du sujet apparaîtra au fur et à mesure de l'étude des divers systèmes proposés.

Tout naturellement, l'idée est venue de rendre permanentes les mesures d'adoucissement que le législateur a édictées en 1848 et 1871, à la suite d'événements politiques qui avaient lourdement pesé sur le commerce et l'industrie.

La loi de 1848 a été votée à la suite de brillantes discussions et après le rejet de propositions que nous devons examiner.

M. Jules Favre avait proposé à la Constituante : « d'autoriser les tribunaux de commerce à homologuer les traités amiables qui interviendraient entre les commerçants, en état de cessation de payements et leurs créanciers, si ces traités réunissaient l'adhésion des deux tiers; ils pouvaient refuser cette homologation, s'ils reconnaissaient qu'il y avait eu fraude. »

Cette proposition fut repoussée par le comité de législation dont le rapporteur était un éminent jurisconsulte, M. Bravard-Veyrières[2].

« Comment, en effet, disait-il, fixer l'époque de la cessa-

[1] Ducuing, *Guide judiciaire et pratique en matière de faillite.*

[2] Rapport fait à la Constituante par M. Bravard-Veyrières, au nom du comité de législation (Dalloz, *Périodique*, 1848, 4, 153).

Digitized by Google

« tion de payements, constater la situation réelle du débi-
« teur, découvrir ses ressources cachées, empêcher les sous-
« tractions, reconnaître les créanciers sincères, repousser
« ceux qui ne le sont pas ou qui n'ont pas de titres valables?

« Il y a, en général, *ajoutait le rapporteur*, entre les dis-
« positions du Code et celles qu'on voudrait leur substituer,
« cette différence capitale que le Code veut des apprécia-
« tions exactes, précises, tandis que les auteurs[1] des pro-
« positions se contentent d'appréciations vagues, arbitraires,
« suspectes de partialité et de passion; que le Code veut
« qu'avant d'en venir au concordat, on s'assure s'il y a eu
« ou non fraude, et il fournit les moyens de la constater et
« de la réprimer, avant comme après le traité, tandis que
« les auteurs des propositions veulent qu'on commence par
« faire un concordat, sauf à rechercher s'il y a eu fraude, et
« ils ne laissent aucun moyen sérieux de la découvrir et de
« l'atteindre.

« En dernière analyse, *concluait M. Bravard-Veyrières*, il
« ne saurait y avoir que deux principes entre lesquels on
« puisse choisir, savoir : le libre concours de toutes les
« volontés, en d'autres termes, la convention, ou bien la
« majorité des volontés substituée à l'unanimité; en un mot
« la loi! Quand donc les créanciers et le débiteur ne peuvent
« parvenir à s'entendre d'un commun accord sur la liquida-
« tion, il n'y a plus qu'à s'en remettre à la sagesse de la
« loi, à suivre la marche qu'elle indique, à se conformer à
« ses prescriptions. »

Le comité du commerce et de l'industrie avait, de son côté, établi un ensemble de dispositions dont voici les principales :

Art. 1er. — Tout commerçant en état de suspension de payements depuis le 24 février 1848, pourra, sur une requête explicative, présentée au tribunal de commerce de son

[1] Dans une autre proposition, M. Dupont de Bussac n'exigeait pour la formation du concordat ni majorité en nombre, ni majorité en sommes; il instituait une commission arbitrale de cinq membres dont trois étaient nommés d'office par le tribunal de commerce et les deux autres choisis par ce tribunal sur une liste de créanciers présentée par les trois premiers arbitres: cette commission arbitrale entendait le débiteur et les créanciers, vérifiait le bilan et acceptait ou non les conditions offertes par le débiteur, quand elle les acceptait il y avait concordat.

Digitized by Google

domicile, et contenant copie exacte de son bilan, obtenir un sursis d'un mois obligatoire pour les créanciers portés au bilan.

Par ce jugement, le tribunal nommera un juge-commissaire, et choisira, parmi les créanciers, un ou plusieurs commissaires chargés de procéder de concert avec le débiteur à la liquidation amiable des affaires de celui-ci sous la surveillance du juge commis.

Un extrait, etc... (formalités de publicité analogues à celles du Code.)

Art. 2. — Le débiteur continuera l'administration de ses affaires, sous la surveillance des commissaires, qui auront le droit, avec l'approbation du juge commis, de déterminer l'emploi des deniers recouvrés.

Art. 3 et 4. — (Formalités de vérification de l'actif et du passif et affirmation des créances, analogues à celles du Code).

Art. 5. — Le traité, qui interviendra entre le débiteur et ses créanciers sera adressé au tribunal, avec un rapport des commissaires.

Si ce traité est consenti par une majorité des *deux tiers* des créanciers représentant les trois quarts en sommes des créances vérifiées, et si aucune faute lourde, dans la gestion des affaires, ni aucune présomption de fraude ne peuvent être reprochées aux débiteurs, le tribunal, le juge commis entendu, homologuera le traité qui deviendra *obligatoire pour tous les créanciers adhérents ou non adhérents* [1].

Ce projet, sans trop d'inconvénients dans l'hypothèse d'une situation simple et d'un concordat presque immédiat offre dans les autres cas un nombre énorme de lacunes; comment en effet, concilier cette liquidation de l'actif avec la continuation de l'exploitation? C'est le débiteur qui continue d'administrer, malgré son incapacité présumée, et non une masse créancière, agissant sous le couvert de sa responsabilité, et par un mandataire spécial et choisi; quelle situation est faite aux créanciers nouveaux et aux créanciers anciens, les uns par rapport aux autres? Comment supplée-t-on aux garanties qui résultent dans le Code du dessaisissement, du bilan, de l'inventaire, des rapports auxquels sont soumis les créanciers mal payés? Comment le juge commissaire pourra-

[1] Les articles suivants sont relatifs à la répression des fraudes,

Digitized by Google

t-il exercer sa surveillance sur les créanciers commissaires? Quelle sera la sanction qui fera respecter son autorité? Comment ces négociants pourront-ils résoudre les difficultés multiples que suscitent les priviléges, les nullités, et assurer leur autorité sur le débiteur?

Quelle sera leur responsabilité, à la supposer réelle, et quels seront ceux d'entre eux disposés à consacrer à l'œuvre pénible et absorbante d'une pareille gestion un temps et des soins, qui les détourneront de l'exercice bien plus facile et bien plus rémunérateur de leurs professions habituelles?

Ce projet fut rejeté sur l'avis de M. Bravard-Veyrières et la Constituante s'arrêta au décret suivant :

Art. 1er. — Les suspensions ou cessations de payements survenues depuis le 24 février 1848 jusqu'à la promulgation du présent décret, bien que réglées par la disposition du titre 5 du Code de commerce ne recevront la qualification de faillite et n'entraîneront les incapacités attachées à la qualité de failli que dans le cas où le tribunal de commerce refuserait d'homologuer le concordat, ou, en l'homologuant, ne déclarerait pas le débiteur affranchi de cette qualification.

Art. 2. — Le tribunal de commerce aura la faculté, si un arrangement amiable est déjà consenti entre le débiteur et la moitié en nombre de ses créanciers, représentant les trois quarts en somme, de dispenser le débiteur de l'apposition des scellés et de l'inventaire judiciaire.

Dans ce cas, le débiteur conservera l'administration de ses affaires et procédera à leur liquidation concurremment avec les syndics régulièrement nommés, et sous la surveillance du juge-commissaire, mais sans pouvoir créer de nouvelles dettes.

Les dispositions du Code de commerce relatives à la vérification des créances, au concordat, aux opérations qui les précèdent et qui les suivent et aux conséquences de la faillite dont le débiteur n'est pas affranchi, continueront de recevoir leur application.

Comme le fit très-bien remarquer M. Bravard-Veyrières, dans un article inséré au *Moniteur officiel*[1], l'article premier qui consacrait un adoucissement justifié par les circonstances

[1] *Moniteur universel* du 25 septembre 1848.

Digitized by Google

actuelles, devait être d'une application très-réservée, sous peine de dépasser l'intention du législateur : « Ce n'est pas la loi qui réhabilite le failli, c'est lui-même ; quand il a effacé toutes les conséquences de sa faillite en payant toutes ses dettes en principal, intérêts et frais, même la portion dont il lui a été fait remise par le concordat, il est juste, il est naturel que la cessation des payements soit comme non avenue, puisqu'il n'en reste aucune trace, aucun vestige; aussi la justice n'intervient-elle que pour constater que le débiteur a loyalement, sincèrement désintéressé tous ceux qui avaient souffert de la faillite et son rôle se borne à le proclamer.

« Mais, en sens inverse, tant que les conséquences de la cessation de payements existent, tant qu'il y a des personnes qui souffrent encore dans leur fortune, nul ne peut dire que le débiteur n'a pas failli; car les faits sont là, qui attestent le contraire; ce serait un mensonge et une atteinte à l'honneur de la réhabilitation. »

« Si donc, *concluait M. Bravard-Veyrières*, les tribunaux veulent rester fidèles aux principes et à l'esprit du décret, en un mot à la vérité, ils ne devront user de cette facilité qu'en faveur des débiteurs, qui s'engageront à payer à leurs créanciers aux échéances et avec les facilités accordées par ce traité, la totalité de ce qui leur est dû ; car c'est une réhabilitation simplifiée et rien de plus que le décret du 22 août a voulu introduire en faveur des débiteurs qui en seront dignes; si une fois les tribunaux de commerce s'écartent de la voie qui vient d'être indiquée, où s'arrêteront-ils? il n'y aura plus de limites à leur condescendance, ils seront inévitablement entraînés à ne plus voir des faillis dans ces débiteurs qui feront perdre à leurs créanciers 20, 30, 40, 50 p. 100 et même davantage; quoi de plus choquant! »

Les sages réserves de l'illustre professseur s'appliquaient à l'article 1er; elles résument par leur logique et leur élévation, la philosophie de la loi sur les faillites et constituent une sorte de critérium de toutes les modifications qui pourront être proposées; nous aurons occasion d'y revenir plus tard.

Sur l'article 2, M. Bravard-Veyrières critiquait amèrement les dispositions qu'il contenait, et qui avaient été introduites au cours de la discussion par un amendement non soumis aux comités.

Digitized by Google

Comment en effet le débiteur pourra-t-il être réellement maintenu à la tête de ses affaires, du moment qu'il lui est absolument interdit de contracter de nouvelles dettes?

Quelle sera exactement la fonction des syndics, en présence du débiteur qui conservera l'administration de ses biens?

Combien durera cette situation bizarre et qui pourra l'abréger? Comment constater l'actif et la moralité des agissements du débiteur, après avoir supprimé le dessaisissement et l'inventaire? Le véritable syndic ne sera-t-il pas le failli, déjouant toutes les recherches et toutes les mesures coercitives par son droit d'administration? Et ce privilége actif serait conféré par un acte antérieur à la vérification régulière des créances, acte obtenu par des sollicitations à domicile et moyennant un prix occulte donné aux créanciers récalcitrants! Ces traités directs entre le débiteur et chaque créancier, faits isolément avec chacun, ne sont-ils pas à bon droit suspectés, quand leurs abus sont si souvent révélés à la barre de la police correctionnelle et lorsque les concordats judiciaires eux-mêmes sont à peine préservés de l'achat des suffrages[1]?

La loi du 22 avril-9 mai 1871 a reproduit les termes mêmes du décret du 22 août 1848.

L'Assemblée nationale s'est approprié une loi toute faite et fort simple; mais M. Ducuing et plusieurs de ses collègues, avaient, au cours de la discussion, proposé une série de dispositions destinées, dans leur esprit, à être permanentes; elles furent retirées devant la nécessité de promulguer immédiatement une loi très-urgente, puis déposées de nouveau sur le bureau de l'Assemblée et donnèrent lieu à une série de rapports.

[1] Discours de M. Chabert, président du tribunal de commerce, le 13 janvier 1877. — Arrêt de cassation, Degalle, 19 février 1876 (D. P., 1876, 1, 406). — Tribunal de Marseille, réponse au questionnaire Ducuing (1871, Rajot, imprimeur). — « Ce ne sont pas seulement les créanciers qui vendent leur vote au concordat, mais bien les mandataires eux-mêmes, qui, trop souvent choisis parmi les agents d'affaires de bas étage, trahissant leur mandat, viennent jusqu'à la porte du prétoire faire marché avec le failli et lui refuser leur concours et leur voix, s'il ne les rénumère séance tenante, soit en billets de banque, soit même en monnaie divisionnaire, selon l'importance de la créance du mandant ou la situation du débiteur. » (Camberlin, ouvrage cité).

Digitized by Google

Voici le principal projet :

Art. 1er. — Les suspensions ou cessations de payements ne recevront la qualification de faillite que dans le cas où le tribunal de commerce refuserait, sur motifs, d'homologuer l'arrangement amiable intervenu entre le négociant débiteur et ses créanciers, ainsi qu'il est dit ci-après :

Art. 2. — L'arrangement est dit *amiable*, quand il est consenti entre le débiteur et la moitié en nombre de ses créanciers représentant les deux tiers en sommes; cet arrangement est constaté par un procès-verbal et par l'inventaire de l'actif et du passif signé par les parties; s'il est homologué par le tribunal de commerce, ce concordat dispense le débiteur de l'apposition des scellés et de l'inventaire judiciaire.

Art. 3. — Le concordat amiable ainsi constaté permet au débiteur de conserver l'administration de ses affaires et de procéder à la liquidation concurremment et avec le consentement d'une commission nommée par les créanciers intéressés.

Le débiteur concordataire se trouve affranchi de la nomination d'un juge commissaire et d'un syndic. Il est tenu seulement de déposer tous les mois au tribunal de commerce un état de situation certifié par la commission des créanciers [1].

Ce projet ne s'écarte pas assez de ceux que nous avons déjà examinés pour motiver une critique spéciale; l'absence d'inventaire judiciaire, l'arrangement intervenu, en dehors de la garantie de la vérification et du vote publics, l'intervention d'un tribunal, qui ne peut se renseigner suffisamment, le fonctionnement de créanciers commissaires dont la responsabilité est aussi vague que la mission, le silence prudent qui est gardé sur la question des rapports, toutes ces objections se représentent à l'esprit. ANDRÉ SABATIER.

(*La fin à une autre livraison.*)

[1] Les articles 4 et 5 n'offrent pas d'intérêt spécial, M. Daron avait formulé tout un ensemble de dispositions inspirées des mêmes principes, mais plus détaillées ; leur étendue ne nous permet pas de les reproduire (séance du 10 mai 1871). Citons encore un projet rédigé par la chambre de commerce de Saône-et-Loire en réponse au questionnaire Ducuing et celui indiqué en une brochure (Dentu, 1871), intitulée : *Solution possible de la proposition Ducuing.*

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

RÉPERTOIRE, contenant (avec une revue politique de l'année) le compte rendu des travaux du Sénat et de la Chambre des députés, les lois, décrets, circulaires et documents divers concernant chaque ministère, etc.

Par M. Ch. VALFRAMBERT, avocat à la Cour de Paris[1].

Compte rendu par M. G. DEBACQ,
Docteur en droit, avocat à la Cour d'appel de Paris.

M. Valframbert, avocat à la Cour de Paris, vient de publier chez l'éditeur Larose le 2e volume de son *Répertoire* (année 1877). Ce deuxième volume tient les promesses du premier. L'intérêt de l'œuvre s'accentue à mesure que la publication se développe; et il n'est plus aujourd'hui permis de méconnaître les services que le travail de M. Valframbert est appelé à rendre à toutes les catégories de lecteurs.

La *Revue critique* n'est point une publication politique, nous devons donc à notre grand regret laisser à d'autres le soin d'apprécier l'ouvrage de M. Valframbert, en tant qu'il prépare pour les futurs historiens de notre époque tourmentée, les éléments de leurs appréciations futures. Nous ne pouvons, quelque regret que nous éprouvions, nous arrêter à la partie du répertoire où l'auteur classe, analyse, catalogue, condense, apprécie tout ce qui s'est fait, tout ce qui a été dit et écrit en France ou à l'étranger sur le mouvement politique social, littéraire et scientifique, en 1876 et 1877, et dresse en quelque sorte l'inventaire complet de l'année; mais si, à ces différents points de vue, la publication de notre confrère, échappe à notre compte rendu et à nos éloges, du moins nous est-il permis de nous arrêter à la portion du répertoire qui a plus particulièrement trait au mouvement législatif pendant l'année écoulée.

Projets, discussions, votes, tout ce qui peut intéresser le jurisconsulte et l'homme d'affaires est là, réuni, non point

[1] 2 vol. in-8°, 1876 et 1877. Larose, éditeur.

Digitized by Google

sous la forme sèche d'un bulletin des lois annoté, où tous les travaux législatifs viennent se résumer dans leur texte officiel, à peine complété par quelques renvois, mais sous la forme, infiniment mieux entendue d'après nous, d'un résumé substantiel pour les lois d'importance secondaire, d'une sorte d'histoire et de commentaire toutes les fois qu'il s'agit d'une loi d'un intérêt vraiment considérable. Au libellé des articles et à l'analyse complète des travaux préparatoires, et de la discussion, l'auteur prend soin d'ajouter quelques extraits judicieusement choisis des principales opinions émises à la tribune, et les passages les plus saillants des rapports.

Le *Répertoire* de M. Valframbert comprend donc, en même temps que le texte des lois, tous les éléments d'un véritable commentaire.

Disons aussi que l'histoire politique de l'année comprise au *Répertoire*, l'indication la plus précise des principaux articles de polémique publiés par les divers organes de la presse fournissent à l'homme de travail, un élément de plus pour bien connaître le sens exact, et apprécier la portée, le caractère vrai de la loi que l'auteur a, selon les cas, reproduit *in extenso* ou dont il résume simplement les dispositions principales. Ce n'est point assez, en effet, pour qui prétend bien connaître, bien appliquer l'œuvre du législateur, d'avoir en mains, avec le texte, la discussion même du projet. En toutes choses, en ce monde, à côté de l'élément apparent vient se placer l'élément inostensible (que l'on nous passe l'expression), la raison cachée, le mobile dissimulé, qu'il faut, à peine de méprise fâcheuse, essayer de discerner, de dégager. Derrière la formule adoptée par les Chambres, il faut rechercher et saisir le but poursuivi par la majorité; et le but réel poursuivi n'est pas toujours le but avoué. Il y a par de là la loi même, ce que nous appellerons la visée du législateur. Ce n'est pas dans les exposés de motifs, ce n'est pas dans les discussions, dans les discussions d'apparat dont on a tant l'habitude, qu'il faut aller la prendre. Ce que l'on dit n'est pas toujours ce que l'on veut. L'histoire politique d'un pays pendant une période déterminée peut seule fournir la mesure, le sens exact des lois votées. L'exposé historique que comprend le livre de M. Valframbert, le résumé des débats parlementaires d'ordre extra-législatif

Digitized by Google

vient donc fournir au lecteur des éléments d'appréciation complémentaire dont il importe de ne point méconnaître l'importance.

Nous ajouterons que soucieux, avant toute chose, de faire une œuvre complète, M. Valframbert a eu l'heureuse idée de placer à côté des lois votées, les propositions émanées au courant de la session de l'initiative des membres des deux Assemblées. — De nombreux renvois permettent au lecteur de retrouver rapidement au *Journal officiel* tous les documents parlementaires se rattachant à ces propositions, les rapports de la commission d'initiative, les considérations en forme d'exposé dont les députés ou sénateurs ont fait précéder ou accompagné leurs projets, ainsi que le texte même de ces projets quand M. Valframbert a cru devoir, dans son *Répertoire*, se borner à un résumé ou à un extrait au lieu et place d'une reproduction *in extenso*.

Au premier abord il peut paraître d'une utilité secondaire de s'attacher à ces propositions, elles n'arrivent que bien rarement à l'état de lois proprement dites, ou n'y parviennent du moins qu'après avoir subi des modifications si profondes que leurs auteurs ne retrouveraient qu'à grand peine, dans le texte définitif proposé par la commission ou voté par les Chambres, trace appréciable de leur travail primitif.

Il n'est rien cependant qui donne mieux le caractère d'une législature que la comparaison attentive des actes adoptés, et des propositions déposées, rien qui permette au lecteur de se rendre un compte meilleur et plus complet des aspirations du pays, des préoccupations du moment. De ces projets en apparence contradictoires, de ces propositions si diverses, si difficiles à concilier, à rattacher les unes aux autres au premier abord, se dégage bien vite une idée maîtresse et dominante, qui, en donnant mieux que chose au monde la note vraie de l'esprit parlementaire, permettent d'apprécier avec plus de sûreté le sens et la portée des propositions, dont à la même époque les Chambres ont, par leurs votes, fait des lois.

Est-il rien de plus intéressant, rien de plus caractéristique que de parcourir les innombrables projets que dès les premiers jours de la réunion de Bordeaux, et pendant les

Digitized by Google

quinze ou dix-huit mois qui suivirent, entassa les uns sur les autres la fièvre légiférante des élus de février 1871. — Connaîtrait-on bien les tendances qui animaient la majorité, si l'on s'en tenait aux discours prononcés et aux textes qui figurent au *Bulletin?* La portion la plus importante du mouvement législatif de l'époque, ce sont ces projets qui dorment aujourd'hui oubliés, trop oubliés peut-être dans les archives de l'Assemblée. Nous ne prétendons pas, sans doute, que les projets reproduits par M. Valframbert dans son *Répertoire* de 1877 aient la même importance que leurs aînés des premiers jours de l'Assemblée unique de Bordeaux et de Versailles; la Chambre récemment élue avait eu à peine le temps de se réunir, de se constituer, quand les membres furent arrachés à leurs travaux. La publication de M. Valframbert contiendra probablement pour les années qui vont venir un peu moins de politique que pour les années passées. L'auteur aura probablement dans les volumes qui suivront moins de discussions à rapporter, plus de besogne effective à résumer. Il nous suffit au surplus de lui demander de faire pour 1878 aussi bien que pour 1876 et 1877. Il aura ainsi doté les hommes de travail d'une œuvre excessivement intéressante et utile. Chaque volume dont s'accroîtra la collection, ajoutera, comme l'a fort bien dit M. F. Sarcey dans l'appréciation qu'il a donnée du livre de M. Valframbert, au prix de tous les autres.

Mais nous savons gré à l'auteur de n'avoir, dans son livre, rien omis, rien oublié. GABRIEL DEBACQ.

ERRATA.

Livraison d'Octobre Novembre.

Page 700, ligne 3 de l'article de M. Gervais, au lieu de : *licence*, lisez : *liaison*.

Page 703, ligne 8, au lieu de : *vertus*, lisez : *victimes*.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE JURIDIQUE ITALIENNE,

Par M. Ernest Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy.

VIII [1].

SOMMAIRE.

A. Collections, mélanges et périodiques généraux. — B. Droit romain. — C. Droit civil. — D. Organisation judiciaire. — E. Procédure civile. — F. Droit commercial. — G. Droit criminel. — H. Droit constitutionnel et administratif, science de l'administration. — I. Droit international. — J. Enregistrement.— K. Notariat.— L. Histoire du droit et biographie des jurisconsultes. — M. Droit canonique. — N. Droit naturel et philosophie du droit. — O. Enseignement du droit. — P. Législations étrangères. — Q. Économie politique. — R. Statistique. — S. Médecine légale.

A. Collections, mélanges et périodiques généraux.

COLLECTION DE TEXTES LÉGISLATIFS.

802. Recueil des lois spéciales et des conventions internationales du royaume d'Italie, annotées et mises en ordre, sous la direction du prof. E. Pacifici par plusieurs jurisconsultes, Union typographique, 1878, Turin-Rome-Pise-Naples. — L'ouvrage aura environ 20 volumes, de 800 p. in-8° chacun, compacts ; il sera divisé en huit séries : I, lois politiques et administratives; 3 vol. ; II, lois ecclésiastiques, 1 vol. ; III, lois financières, 5 vol. ; IV, travaux et services publics, industrie, commerce, agriculture, 3 vol. ; V, lois militaires ; VI, lois sur l'instruction publique et lois professionnelles, 1 vol. ; VII, lois appartenantes aux Codes, 5 vol. ; VIII, conventions internationales, 1 vol. — Ont paru les deux 1res livraisons de la 1re série (statut; loi sur la presse), avec annotations par E. Gallini.

MÉLANGES DE LÉGISLATION, DOCTRINE ET JURISPRUDENCE GÉNÉRALES.

803. Répertoire légal contenant définitions, questions, bibliographie et indication des lois publiées dans le royaume d'Italie, avec les décisions de la jurisprudence, sous chaque mot, Roncoli-Venturi, Rome, Pallotta, 1878 (en cours) ; 1 fr. 25 la livr. in-4°.

804. Supplément perpétuel au Répertoire général de jurisprudence dirigé par Em. Pacifici-Mazzoni. (V. *suprà*, n° 236.) Turin,

[1] V. les nos précédents I, t. Ier, p. 724-736; II-V, t. II, p. 50-61, 183-192, 232-246, 428-448; VI, t. III, p. 706-718; VII, t. VI, p. 674-704, 755-767.

Digitized by Google

Union typographique, 1877. Ce supplément contient : 1° la simple indication des décisions semblables aux décisions précédentes; 2° le résumé des décisions contraires à la jurisprudence antérieure, avec des notes critiques; 3° le sommaire des décisions sur les questions nouvelles. Il n'en sera pas publié plus de trois livraisons par an, aux conditions de l'ouvrage (2 fr. 50 la livraison).

805. Notions élémentaires des dispositions concernant la publication, l'interprétation, l'application des lois en général et le droit de cité; Stef. Januzzi, Naples, 1877; Vallardi, 110 p. in-8°; 2 fr. 50.

806. Du dol et de la fraude pénale, civile et commerciale, et des remèdes juridiques qui s'y rapportent, G. Natale, Salerne, 1878, 204 p. in-8°; 4 fr.

PÉRIODIQUES GÉNÉRAUX.

807. Turin : *Giurisprudenza italiana*, 3e série, directeurs, Carrara, Gabba, Maurizi et Pacifici-Mazzoni; en quatre parties : 1re, Cours italiennes et jurisprudence étrangère, spécialement française et belge; 2e, jurisprudence administrative du Conseil d'Etat, Cour des comptes; 3e, lois, décrets et règlements d'intérêt général; 4e, articles de doctrine, avec huit tables. Union typographique. Turin, Rome et Pise; 35 fr. par an.

B. Droit romain et histoire du droit romain.

808. Programme de droit romain, Gugl. Raisini, professeur à l'Université de Modène; Bologne, 1877, Zanichelli, 550 p. in-8°; 8 fr.

809. Histoire du droit romain; manuel à l'usage des écoles, G. Paddelletti, Florence, Cammelli, 1878, XI, 488 p. in-8°; 9 fr.

810. Développement parallèle du droit romain et de la civilisation, L. Landucci, *Arch. giur.*, XX, 155-175 (leçon d'ouverture à l'Université de Rome).

MATIÈRES OU QUESTIONS SPÉCIALES.

811. Accroissement (de l'—) dans les hérédités testamentaires, G. Campani, Sienne, 1877.

812. Action paulienne, G. Leoni, *Circolo giur.*, IX, 25-51.

813. *Annalis* (*l'*) *exceptio italici contractus*, F. Buonamici, *Arch. giur.*, XX, 283-298.

814. Legs. Legs d'une chose appartenant au légataire. Observations sur l'interprétation de la loi 66. § 6, *De legatis*, 2°, proposée par le professeur F. Buonamici; Conscio Menici, *Monit. dei trib.*, 1877, 1129-1132. (V. *suprà*, n° 292.)

815. Obligations corréales. Examen critique de l'ouvrage de

Digitized by Google

Weibel, Erlangen, 1873, par L. Landucci; *Arch. guir.*, XIX, 175-189.

816. Personnes juridiques (des) — en droit romain, Fil. Milone, *Filangieri*, II, 202-225.

817. Pétition d'hérédité : nouvelle interprétation du célèbre fragment d'Ulpien, l. 25. § 17, D., *De her. pet.*, V, 3; Serafini, *Arch. giur.*, XX, 403-426. (L'auteur pense qu'il n'y a aucune correction à faire au texte, mais que *nisi* conservé doit être entendu dans le sens de *sed* ou de *verumtamen*, que, par conséquent, le véritable héritier peut revendiquer contre les tiers qui ont traité avec l'héritier apparent possesseur de bonne foi, *sauf* le recours que ces tiers peuvent exercer contre leur vendeur.)

818. Prodigalité (de la) — en droit romain et dans l'esprit des législateurs modernes, de Cillis, Naples, 1877, de Angelis.

819. Puissance paternelle (de la) considérée spécialement dans ses effets juridiques, Bassani, Ferrare, 1877.

820. *Precarium* (Étude sur le), V. Scialoja, Rome, 1878, Forzani; 59 p. in-8°.

821. *Rhodia* (la loi) — de *jactu*, Lagomaggiore; *Casaregis*, octobre 1877.

822. Testaments. Des conditions dans les testaments, P. Delogu. Cagliari, 1878; 206 p. in-8°.

823. Tradition (de la) — en droit romain, B. d'Ondes Rao, *Circolo giuridico*, 1877, 237-254; 293-322.

824. *Transitio ad plebem* (sur la) —; examen de l'opuscule *De transitione ad plebem : quæstio ad Romanorum jus publicum spectans, quam scripsit Ludovicus Holzapfel*, Lipsiæ MDCCCLXXVII; Fr. Buonamici, *Archiv. giur.*, XX, 4881-499. (Objections contre l'opinion de l'auteur allemand sur les formalités de la *transitio*, particulièrement contre la *patriciatûs abdicatio*, le *concilium plebis* et le rôle attribué aux tribuns; M. Buonamici pense que la forme substantielle de la *transitio ad plebem* immédiate et indépendante, c'est-à-dire sans adrogation, est celle d'une loi curiate accompagnée d'une *detestatio sacrorum*).

825. Usufruit. Sur la loi 11, D., *De usufructu accrescendo*, Fr. de Cillis, *Filangieri*, II, 442-450.

DROIT ROMAIN D'APRÈS LES INSCRIPTIONS.

826. Ossuna. Les nouvelles Tables d'Ossuna, reproduction du texte adopté par Mommsen dans l'*Ephemeris epigraphica*, III, II, 87, avec l'indication de quelques variantes d'après Berlanga et Giraud, Commentaires par Camillo Re, *Arch. giur.*, XIX, 291-321, 420-445. Chap. 1er, procédure de la *Manus injectio*; chap. 2, magistrats et

Digitized by Google

officiers à leur service; chap. 3, droit sacré; chap. 4, droit religieux; chap. 5, police urbaine et rurale; chap. 6, gestion des affaires de la colonie. (V. *suprà*, n° 310.)

C. Droit civil.

827. Donations (des —) A. Fulci, Messine, impr. Copra; 1 fr. 50.

828. Don manuel, dépôt, mandat : critique d'un jugement du tribunal civil de Catane, du 10 mars 1877, Carnazza, *Circol. giur.*, VIII, 206-226.

829. Femme. Condition juridique de la femme suivant le Code civil italien; G. Castellari, Turin, Loescher, 1877, 232 p. in-8°; 5 fr.

830. Hypothèques. L'usufruit considéré comme chose susceptible d'hypothèque, étude sur l'article 1967, n° 2 du Code civil italien; E. Bianchi, *Arch. giur.*, XX, 500-520.

831. — De la subrogation légale établie par l'art. 2011 du Code civil italien, dans le cas où la procédure d'ordre embrasse tous les immeubles hypothéqués, S. Orefici, *Monit. dei trib.*; 1878, n° 13.

832. Louage. Des rapports juridiques entre propriétaires, fermiers et colons dans la province de Pavie et propositions de réformes dans l'intérêt de l'industrie agricole, S. Dell'Aqua. Milan, 1878, 38 p. in-8°.

833. Le colonage partiaire, C. Bertagnolli. Rome, Barbera, 232 p. in-16; 4 fr.

834. Mandat. Du mandat général et spécial, E. Sala, *Monit. dei trib.*, 1878, 207-226.

835. Mariage et contrat de mariage. La dot, les biens paraphernaux et la communauté entre époux, B. Paoli, Gênes, 1877, 162 p. in-8°; 3 fr.

836. — Gains dotaux. Étude sur les gains dotaux et l'art. 1398 du Code civil italien, *Arch. giur.*, XIX, 125-155, 213-236, 337-365.

837. — De l'obligation solidaire de la femme dans l'intérêt de son mari, Giov. Acquaviva. Naples, 1877, de Angelis.

838. Obligations. La condition résolutoire sous-entendue dans les contrats bi-latéraux, avec appendices sur la maxime : en fait de meubles possession vaut titre et sur la transcription, L. Gallavresi. Milan, Bolchesi, 1877, 214 p. in-8°; 3 fr. (V. *suprà*, n° 384.) — 2e édition, revue et augmentée. Milan, 1878, revue et augmentée, 128 p. in-8°; 2 fr.

839. — Offres (quelques réflexions nécessaires et nouvelles sur les), M. Pescatore, *Giornale delle leggi*, 1877, n° 48.

840. Personnes. Aliénés : la fréniatrie dans ses rapports avec la jurisprudence en ce qui concerne la garde, la défense, l'assistance

Digitized by Google

et le soin des aliénés, R. Sadun. Pise, 1877, Vannucchi; LXIV-280 p. in-8°. (Rapport à la députation provinciale de Pise en réponse aux questions de la députation provinciale de Turin).

841. — Sur le droit des parents de représenter leurs enfants soumis à la puissance paternelle et d'administrer leurs biens, Ant. Piras. Sassari, 1877, Dessi, 119 p. in-8°.

842. — Sur la prodigalité en droit romain et dans l'esprit des législations modernes, de Cillis. Naples, 1877, imp. de Angelis.

843. Personnes morales (des) suivant la loi civile italienne, R. Tedeschi. Turin, 1878, 148 p. in-8°. (V. *infrà*, n°s 855-858.)

844. Possession. L'*actio spolii* (action en réintégrande); si elle suppose privation totale de la possession; si elle est possible à propos d'une chose commune; si, pendant l'instance en réintégrande, il peut être exercé à propos de la même chose, une action en complainte (manutenzione); Ant. Scotti, *Monit. dei trib.*, 1877, 1009-1014.

845. — Déchéance du possessoire par suite de la demande du pétitoire; (si ce principe, consacré par les art. 443 du Code de procédure civile italien et 26 du Code de procédure français, est moderne ou s'il était déjà admis en droit romain et en droit canonique; s'il méritait d'être maintenu; son but, son utilité scientifique et pratique, ses limites), A. Scotti, *Monit. dei trib.*, 1877, 1073-1083.

846. — La réintégration dans la possession des droits réels, Vinc. Luparia. Turin, 1877, Union typogr. (D'après l'auteur, le Code italien admet cette réintégration).

847. — Trois questions possessoires, études sur les art. 686, 688, 690, 694, 2100 et 2113 du Code civil italien, A. Scotti, *Arch. giur.*, XX, 49-115 (I, actes de pure faculté; II, continuité de la possession annale; III, s'il y a une différence entre la possession à l'effet d'être maintenu et la possession à l'effet de prescrire).

848. — La possession et la prescription dans le droit civil italien et autrichien, A. Scotti, *Arch. giur.*, XX, 317-366 (spécialement de celles qui se fondent sur des actes de simple tolérance).

849. Priviléges. Le privilége du bailleur, étude sur l'article 1958, n° 3 du Code civil, E. Levi, *Arch. giur.*, XX, 453-480.

850. Propriété. Les alluvions; traité de la nature, de l'acquisition et du partage des accroissements fluviaux; M. Fiorini. Bologne, 1878, 300 p. in-8°; 8 fr.

851. Servitudes. Théorie de la copropriété ou traité des servitudes; P. Balsamo. Naples, 1877, typ. Tornese; 6 fr.

852. — Si les servitudes continues, non apparentes et les servitudes discontinues, apparentes ou non, peuvent s'acquérir par prescription à partir du jour de la contradiction, A. Scotti, *Monit. dei trib.*, 1878, 3-18 (solution négative).

Digitized by Google

853. — De la prescription acquisitive au point de vue des servitudes prédiales au moyen de la possession, M. Pescatore, *Giornale delle leggi*, 1878, n° 6.

854. Testaments. Des successions testamentaires, B. Paoli, Gênes, 1878; 5 fr.

855. — Sur la validité des testaments qui fondent de nouvelles personnes morales; Gabba, *Monit. dei trib.*, 1878, 49-63 et Pise, Nistri.

856. — Même sujet, en sens contraire : G. Agresti, Turin, 1878, 54 p. in-8°, Paravia.

857. — Même sujet : observations sur la nouvelle théorie du professeur Gabba relative à l'existence du gratifié au moment de la mort du testateur; V. Luparia. Turin, 1878, 87 p. in-8°, Botta.

858. — Les dispositions testamentaires faites directement au profit des œuvres pies fondées par le testament et non encore constituées en corps moral à la mort du testateur, V. Luparia, *Archivio giuridico*, XX, 441-453.

859. — Si la doctrine romaine concernant la distribution de l'*as* héréditaire entre plusieurs héritiers institués pour partie, est applicable sous le code italien, de Cillis, *Arch. giur.*, XX, 213-235.

860. Vente. Traité de la vente, Em. Pacifici Mazzoni (t. Ier, 1877; t. II, 1878; t. XII et XIII du Code civil italien commenté). (V. *suprà*, n° 336.)

861. — Résolution de la vente pour défaut de payement du prix, législation comparée, Ant. Piras. Rome, 1877, Barbera, 64 p. in-8°.

D. Organisation judiciaire.

862. Éléments de droit judiciaire civil, L. Mattirolo, t. IV. Turin, 1878, Bocca, 876 p. in-8°; 14 fr. (V. *suprà*, n° 450.)

863. D'une nouvelle organisation judiciaire en Italie, considérations et propositions, Atto Scharlecig. Florence, 1877, F. Gozzini, 250 p. in-8°; 3 fr.

864. La magistrature améliorée; pensées de réformes partielles de la loi du 6 décembre 1865, par un jeune magistrat, 64 p. Naples, 1877, impr. del Tasso.

865. Échevins (la question des), de Hugo Meyer, traduction italienne par Ces. Alagia, avec une préface du traducteur sur l'opportunité d'introduire en Italie les échevins dans les procès correctionnels. Naples, 1877, de Angelis, 80 p. in-8°; 1 fr. 50.

866. L'Art du barreau, D. Giuriati. Turin, 1878, Roux et Favale, 432 p. in-8°; 5 fr.

Digitized by Google

E. Procédure civile.

867. Commentaire du Code de procédure italien, Fr. Ricci, 2e édition. Florence, Cammeli, 3 vol. in-8°; 27 fr.

868. Procédure de la Cassation; études théoriques et pratiques, L. Franceschi; 1re partie, 312 p. in-16. Rome, 1877, Forzani; 3 fr. 50.

869. Réforme de la procédure sommaire : observations sur le projet de réforme voté par la Chambre des députés les 14 et 15 mai 1878, A. Scotti, *Monit. dei trib.*, 1878, 577-582. (L'auteur considère la réforme adoptée comme un recul et non comme un progrès; il souhaite que le Sénat apporte au projet des modifications profondes et radicales).

870. — Observations, par E. Cuzzeri, approuvées par le conseil de discipline des procureurs de Vérone et publiées par les soins dudit conseil. Venise, 1878, Fontana, 40 p. in-8°.

871. Examen à future mémoire (de l'), Seb. Gianzana. Mortara, 1878, Botta, 95 p. in-8°.

872. Expropriation (de l') du débiteur. Commentaire du titre III, livre II du Code de proc. civ., Demurtas Zichina, prof. à Sessari. Turin, Union typ., t. Ier, 1877; 3 fr.

873. — Sur la réforme à apporter au système des rabais progressifs dans les procédures d'expropriation forcée, Ach. Duplessis-Armand. Naples, 1877, typ. Mencia.

874. — Sur les effets de la revente après expropriation et spécialement en ce qui concerne les collocations déjà faites dans la première procédure d'ordre; S. Orefici, *Monit. dei tribunali*, 1878, 441-451.

875. Ordre (de la liquidation dans la procédure d'), Triani et Castelbolognesi. Modène, 1878, 72 p. in-8°, avec trois tableaux.

876. Péremption. Sur le moyen de la faire valoir, Castiglioni, *Arch. giur.*, XX, 286-291.

877. Reconvention (de la) dans les instances civiles, Fr. Angioni-Contini. Sassari, 1877, impr. Azuni, 84 p. in-8°.

878. Séquestre. Du salaire du —; interprétation de l'article 603 du Code de proc. civ., Castelbolognesi, *Arch. giur.*, XIX, 322-328.

F. Droit commercial.

879. Du mérite des Italiens en matière de droit commercial; discours d'inauguration de l'année scolaire 1876-77 à l'Université de Modène, Fr. M. Zuccoli.

880. Cours de droit commercial, E. Vidari (V. *suprà*, n° 474), t. II, sociétés. Milan, Hœpli, 1878; 753 p. in-8°; 12 fr.

Digitized by Google

881. Études de droit commercial, Alb. Marghieri. Naples, 1878, 227 p. in-8°, Marghieri ; 5 fr. (Aval ; quasi-contrats; exposé du projet de réforme du Code de commerce).

882. Assurances (le contrat d'). — A. Sacerdoti, t. II, Ire partie. (V. *suprà*, 480.) Padoue, 1877, 358 p. in-8° ; 6 fr.

883. Chambres de commerce (les) et la loi du 6 juillet 1862, Ancône, imp. Civelli, 1878. (Opuscule publié par l'Association des commerçants d'Ancône, sur la nécessité d'abolir ou de réformer l'institution des chambres de commerce).

884. Compte courant (du). Supino, *Arch. giur.*, XIX, 457-529.

885. Faillite. Circulaire du ministre de la justice (Mancini), du 28 octobre 1877, concernant la négligence apportée dans les procédures de faillite, *Monit. dei trib.*, 1877, I, 101.

886. Lettres de change. *Valeur due, valeur reçue*, Vidari, *Giornale delle leggi*, 1877, n° 41. Différence entre *valeur reçue* des Français et *valuta ricevuta* ou *avuta* du commerce italien).

887. Sociétés. Des sociétés commerciales et des sociétés par actions, en particulier, G. Purpura, *Circolo giur.*, IX, 85-112.

888. — Sur les réformes à introduire dans le projet de loi présenté à la Chambre des députés sur les sociétés et associations commerciales. Trieste, Maso, mémoire pour la première réunion des représentants des banques populaires italiennes et rapport. Padoue, 1877, impr. Penada, 30 p. in-8°.

889. Transport (la législation du contrat de) — ; mémoire présenté aux ministres de la justice et du commerce, Ant. Monzilli. Rome, impr. Botta, 150 p. in-8°.

RÉFORME DU CODE DE COMMERCE ITALIEN.

890. Observations et avis de la magistrature, des chambres de commerce et des facultés de droit sur le projet préliminaire rédigé par la commission ministérielle du 9 septembre 1869. Annexe au projet présenté au Sénat par les ministres de la justice (Mancini) et du commerce (Majorana Calatabiano), le 18 juin 1877. Florence, 1878, impr. royale, 916 p. in-4°.

G. Droit criminel.

DROIT PÉNAL ET PROCÉDURE PÉNALE, ENSEMBLE.

891. Dictionnaire de jurisprudence pratique pénale ; recueil alphabétique raisonné des décisions les plus importantes rendues en Italie, de 1805 à 1875, par Luigi Lucchini et Gius. Manfredini. Padoue, 1876, Sachetto ; 1 fr. la livraison.

Digitized by Google

892. Progrès et recul du droit pénal dans le nouveau royaume d'Italie, observés dans la doctrine, la législation et la jurisprudence, par F. Carrara; écrits de l'auteur recueillis pour faire suite à ses opuscules. Lucques, 1878, Canovetti, 538 p. in-8° (forme le t. IV des Opuscules).

893. L'avenir de la science criminelle, Fr. Carrara, *Giornale delle leggi,* 1878, n° 1.

894. L'homme délinquant dans ses rapports avec l'antropologie, la jurisprudence et la science des prisons : Ces. Lombroso, 2e édition refondue, avec figures et planches. Turin, Bocca, 748 p. in-8°; 15 fr.

DROIT PÉNAL.

895. Programme du cours de droit criminel, F. Carrara. Partie générale; 5e édition, avec nombreuses additions. Lucques, 1877, typ. Giusti, 2 vol.; 12 fr.; tome Ier, délit, t. II, peine et jugement.

896. Écrits de droit criminel, Taranto. Palerme, 1878, Lao, 238 p. in-8°; 5 fr. (I, idée du délit; II, impulsion des passions; III, de la vérité de l'injure; IV, dommages-intérêts et leur évaluation dans le délit d'injure; V, deux problèmes de droit pénal international (extradition).

897. Avertissement (de l'), *admonitio*, L. Sampolo, *Circ. giur.*, VIII, p. 267-283 (n'est pas une peine, et n'entraîne pas incapacité d'être électeur ou éligible).

898. Délits (les) de la parole, de l'écriture et de la presse, B. Diortici. Città di Castello, 1877, Lapi et Raschi; en cours, l'ouvrage formera 3 vol. in-8°; 1 fr. la livraison, t. Ier, traduction, sur la 2e édition française, du traité de Chassan.

899. Duel (le) dans la science et dans la législation pénale, B. Loy Isola. Cagliari, 1877, Timon, 92 p. in-8°. (Dissertation pour concours d'agrégation). (V. *suprà*, nos 24, 211, 536, 547.)

900. Imputabilité (la théorie de l'— et la négation du libre arbitre), E. Ferri. Pise, 1878, Macario, 500 p. in-8°; 8 fr.

901. Mort (peine de); un abolitioniste oublié (c'est à savoir, Constantin); commentaire de la loi première, Code Théodosien, *De gladiatoribus*, XV, 12. Carrara, *Arch. giur.*, XIX, 546-558. (V. sur la peine de mort en Italie, statistique, *infrà*, n° 1009.)

902. Passions (l'impulsion des), Taranto, *Circolo giur.*, VIII, 255-266. (V. *suprà*, n° 551.)

903. Du vol. Études des législations européennes comparées au Code pénal d'Italie, M. Speciale Costarelli. Catane, 1877.

Digitized by Google

PROCÉDURE PÉNALE.

904. La procédure pénale, par Raimond. Perotta, conseiller à la Cour d'appel de Bologne. Parme, 2e vol., 1877, Ferrari, 671 p. in-8°; 10 fr. Les 2 v. 20 fr. (Commentaire du premier livre du Code de procédure pénale, avec les modifications apportées par les lois du 30 juin 1876 sur les mandats de comparution et de capture, sur la liberté provisoire et sur la prestation du serment des experts et des témoins. (V. *suprà*, n° 559.)

905. La procédure pénale devant les préteurs, A. Scevola, préteur à Casteggio. Mortara, 1877, 200 p. in-8°, 3 fr.

906. Commentaire du Code de procédure pénale, Fr. Saluto, t. III, 1877; 10 fr. (V. *suprà*, n° 560.)

907. Sommaire de leçons sur la procédure pénale italienne, E. Pessina. Naples, 1878, Marghieri, 87 p. in-8°; 2 fr.

908. La procédure pénale et les réformes, L. Casorati, *Monitore dei trib.*, 1878, 25-34; 145-156; 265-277; 473-482; 497-507; 529-536; 657-663. Études de législation comparée sur les plus récentes réformes opérées en Allemagne, Angleterre, Écosse, Irlande, Autriche, France, Belgique, Suisse, Espagne : de la procédure pénale, en général, et particulièrement de l'exercice de l'action pénale et de sa révocabilité.

909. Jury. Abolition ou réforme; observations de pur bon sens sur l'institution du jury, Gir. Giorgi. Gênes, 1877, Schenone, 20 p. in-8°.

PROJET DE CODE PÉNAL ET TRAVAUX Y RELATIFS.

910. Travaux de la commission nommée le 8 mai 1876 : seconde partie, procès-verbaux et amendements relatifs au livre II du projet (novembre, décembre 1877). Rome, impr. royale, 1878, 435 p. in-4°. — Procès-verbaux; délits contre l'administration publique, p. 1-63; délits contre l'administration de la justice, p. 64-85; contre la tranquillité publique, p. 86-115; contre le commerce et les industries, p. 115-120, 212-216; contre les personnes, p. 121-178; contre la propriété, p. 178-212; contre la foi publique, 216-231; contre les bonnes mœurs et l'ordre des familles, p. 231-263; texte du projet voté par le Sénat (art. 117-493) et amendements de la commission, p. 305-427. (V. *suprà*, nos 24, 532, 570-573.)

911. Méditations sur le projet de Code pénal approuvé par la Chambre des députés, G. Manfredini, *Monit. dei trib.*, 1878, nos 11, 14, 16, 24, 26-27.

912. Histoire scientifique des dix années de préparation du Code pénal italien, B. Paoli, *Giornale delle leggi*, 1877, nos 29, 47, 50;

Digitized by Google

1878, nos 5, 8; et à part, Florence, Nicolai, 1878, 63 p. in-8°; 1 fr.

913. Médecins (la non révélation par les) — des faits qu'ils sont tenus de porter à la connaissance de la justice, considérée comme un délit dans le Code pénal), Ug. Barsanti, Lucques, 1877, impr. Canovetti. (L'auteur combat comme absurde et comme contraire à la morale, ainsi qu'à d'autres dispositions législatives, le principe contenu dans l'art. 242 du projet de Code pénal italien).

H. Droit public, constitutionnel et administratif.

DROIT CONSTITUTIONNEL.

914. Cours de droit constitutionnel, L. Palma, prof. à l'Université de Rome. Florence. Pellas, 1877, t. Ier, 360 p. in-8°; 6 fr.; t. II, 600 p. in-8°; 10 fr.

915. Essai critique de droit public interne, E. A. Martino. Naples, 1878, Aniello, 144 p. in-8°; 3 fr.

916. Les doctrines politiques du XIXe siècle et l'ordre naturel des sociétés civiles, G. Savarese. Naples, 1878, Detken, 286 p. in-8°.

917. Le passage de la Couronne selon le droit italien, G. Saredo. Rome, Cipelli, 1878; 1 fr. 50.

918. Élections. Essai sur la constitution de la représentation nationale, A. Malgarini. Parme, Ferrari, 1877.

919. — La représentation exacte de tous les électeurs, Brunialti. Rome, 1878, Civelli, 71 p. in-8°.

920. — L'extension du suffrage politique et la représentation parlementaire des minorités, P. Celli. Milan, 1878, Dumoulard, 38 p. in-8°. (V. *suprà*, nos 27, 618-626.)

921. Doctrine générale de l'état moderne de Bluntschli, trad. italienne de J. Trono, 3e vol. (De la Politique, comme science). Naples, Vallardi, 1878; les 3 vol. 24 fr. (V. *suprà*, n° 588.)

DROIT ADMINISTRATIF ET SCIENCE DE L'ADMINISTRATION.

Généralités.

922. La science de l'administration; son objet, ses limites; ce qui la distingue du droit administratif, C. F. Ferraris. Rome, 1878. (Leçon d'ouverture du cours de *science de l'administration* à l'Université de Pavie, le 2 avril 1878.)

923. Cours de droit administratif, par Giacomo Macri, professeur extraordinaire. Messine, B. d'Amico, partie générale. (Introduction; livre Ier, sujet du droit administratif), 1878, 272 p. in-8°; 4 fr. 50.

924. Les lois d'unification administrative, précédées de la loi fondamentale (statut), jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour

Digitized by Google

des comptes, annotées par Vinc. Gioja. Milan, 1878, Rechiedei, 2 vol. in-16, 1048 p.; 7 fr. 50.

Matières et questions spéciales.

925. Administration municipale et provinciale. Sur le projet de réforme de la loi communale, F. L. Sandri, Udine, 1877, 92 p. in-8°; 1 fr. 50.

926. — Sur la procédure d'exécution contre les municipes, Angioni-Contini, Sassari, 1877, impr. Chiarella.

927. — L'exécution forcée pour les dettes des communes, Bertolini, *Monit. dei trib.*, 1878, 73-77. (V. *suprà*, n° 627.)

928. — Des domaines communaux et des usages civiques (*usi civici*, usages propres aux provinces napolitaines et siciliennes), A. Rinaldi, *Arch. giur.*, XVIII, 203-257, XX, 116-138.

929. Armée. Commentaire des lois sur le recrutement de l'armée, F. Becchi, 3e édit. Rome, 1878, Bencini; 6 fr.

930. Conflits. Les conflits d'attribution en Italie depuis la loi du 31 mars 1877, Gius. Mantellini, conseiller d'État, député. Florence, Barbera, 1878, 316 p. in-8°; 4 fr. (V. *suprà*, nos 605-611.)

931. — L'autorité judiciaire et la révocation ou la suppression des actes d'exécution en matière d'impôts directs, C. Alizeri, *Giornale delle leggi*, 1877, nos 37, 38 et 39.

932. — La juridiction et les conflits de juridiction et d'attribution, Di Majo. Naples, 1877, Piscopo.

933. — De l'action qui appartient aux particuliers contre les actes des autorités gouvernementales et administratives d'après l'article 2 de la loi du 20 mars 1865, annexe, E. Al, Malgarini. Pavie, 1878, imp. Fasi, 72 p. in-8°.

934. Ecclésiastique (droit). De la liberté des cultes, R. Boldù. Florence, 1877, Barbera, VII, 300 p. in-16; 3 fr.

935. — Le catholicisme et l'Italie; propositions sur les rapports entre l'Église et l'État, avec appendice sur l'ouvrage de M. Minghetti; *État et Église*, P. Aporti, 2e édition. Milan, 1878, Bottezzati; 80 p. in-16.

936. — De la délimitation des paroisses dans ses rapports avec le droit public de l'État, G. Romagli, Bologne, 1877.

937. — Le droit de patronage *primogeniale*, propre et impropre, et les lois sur le patrimoine ecclésiastique, A. Caucino. Turin, 1878, Marino.

938. Finances et impôts. Le budget de l'État et l'exercice financier, suivant la loi de comptabilité en vigueur, avec un coup d'œil sur le projet de loi présenté par le ministre Depretis, le 27 mars 1877. Tango, *Arch. giur.*, XX, 367-402.

Digitized by Google

939. — Le recouvrement des impôts directs, des surtaxes et des taxes communales et provinciales, suivant la loi du 20 avril 1871 et le règlement du 25 août 1876, avec les modifications apportées par la loi du 30 décembre 1876 et par les décrets du 12 avril 1877; recueil des circulaires et modèles des ministères, et des décisions judiciaires (cour des Comptes, Cours de cassation et d'appel, tribunaux civils), avec un appendice contenant les lois et règlements en vigueur dans les différentes provinces sur le recouvrement des revenus patrimoniaux des communes, Gius. Salvetti. Turin, Union typogr. 1877, 624 p. in-8; 7 fr. 60.

940. La loi du 20 avril 1871 sur le recouvrement des impôts directs, avec les modifications introduites pour les cinq années 1878-1882, P. Pavan. Venise, 1877, Longo, 212 p. in-8°; 2 fr.

941. — Texte unique des lois d'impôt sur les revenus de la richesse mobilière, commenté, S. Frola. Turin, 1877, Minerve subalpine; 4 fr.

942. — Traité de l'impôt sur les revenus de la richesse mobilière, loi du 2 août 1877 et règlement, avec décisions judiciaires et ministérielles, Madon et Clementini. Venise, 1878, 223 p. in-8°, Cecchini; 5 fr.

943. — Traité de l'impôt sur les constructions (*sui fabbricati*); texte des lois du 26 janvier 1865, 11 août 1870, 6 juin 1877; texte du règl. du 24 août 1877, commenté d'après les lois, les actes du parlement, les décisions judiciaires et celles de la commission centrale, les avis du Conseil d'État et les instructions ministérielles, avec un appendice sur les surtaxes en cas d'omission ou de déclaration inexacte des revenus, et sur les peines pécuniaires, conformément à la loi du 23 juin 1873 et au règlement du 31 août 1873, Madon et Clementini. Gênes, 1878, 144 p. in-8°; 2 fr.

944. — Octrois. La législation, la jurisprudence et l'économie politique en matière d'octroi (*dazio di consumo*), de Gioannis, *Filangieri*, I, 1012; II, 97-147.

945. Forêts. Les forêts en Italie, lois actuelles, textes, commentaire et jurisprudence, A. Rabbeno. Turin, 1877, Botta, 207 p. in-8°: 3 fr.

946. Instruction publique. — Enseignement supérieur. Lettre du professeur, sénateur, Fr. Magni au ministre (Coppino), sur la réorganisation des universités et du conseil supérieur de l'instruction publique. Bologne, 1878, Monti.

947. Enseignement primaire. L'instruction obligatoire, L. Palma. Modène, 1877.

948. — Comment l'instruction obligatoire lèse les droits de la puissance paternelle, P. de Nardi. Milan, typ. Guglielmini, 1877, 88 p. in-8°; 1 fr. 50.

Digitized by Google

949. — Législation scolaire comparée. Instruction secondaire; I, de l'instruction secondaire en Allemagne, L. Pulli, II. enseignement classique et technique, E. Laas. — Instruction supérieure: I, l'avenir des écoles supérieures en Allemagne, L. Meyer; II, l'avenir des Universités italiennes, L. Palma. Florence, 1877, Sanzori; 3 fr.

950. Mines. La législation sur les mines et son unification, G. Bruzzo, conseiller d'État, Rome, 1877.

I. Droit international.

951. Considérations sur le problème international de la société juridique des États, Pasq. Fiore. Turin, 1878, 98 p. in-8°. (Extraits des *atti* de l'Académie des sciences de Turin, t. XIII).

952. Revue de la jurisprudence italienne en matière de droit international, Ces. Norsa, avocat à Milan. Gand, 1877, in-3° (en français; extrait de la *Revue de droit international*).

953. Télégraphe (le) dans ses rapports avec le droit international, par Fischer, traduit en italien. *Casaregis*, décembre 1877.

DROIT INTERNATIONAL PUBLIC.

954. Arbitrages internationaux (les), L. Olivi, *Arch., giur.*, XIX, 156-174.

955. Guerre : du droit de —, d'Albéric Gentil, traduit en italien, par Ant. Fiorini, avec discours préliminaire sur la vie d'Alb. Gentil, d'après des documents inédits. Livourne, Vigo, 1877, 590 in-8°; 6 fr.

956. — Pierino Belli d'Alba, précurseur de Grotius, Ef. Malas. Turin, Union typogr., 1878, 100 p. in-8°; 3 fr. (L'auteur revendique pour Pierino Belli la gloire d'avoir fondé le droit des gens, qui lui appartient plutôt qu'à Albéric Gentil.)

957. — Contrebande de guerre : quelques pensées sur le fondement juridique rationel et positif en cette matière, Olivi, *Arch. giur.*, XX, 297-309, 529-552.

958. Non-intervention (nouvelle exposition du principe de), G. Carnazza, Catane. 1877; leçon d'ouverture.

959. Traités. Les traités de commerce et la Ligurie; vœux des députés de la Ligurie, exposés par l'honorable P. Boselli. Gênes, 1878, 170 p. in-4°. typ. Martini.

960. Les nouvelles conventions maritimes pour le service postal et commercial, considérations de G. Maldini. Venise, 1877, 60 p. in-4° (*Gazzetta di Venezia*).

Digitized by Google

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

961. Divorce : ses effets en droit international, de Rossi, *Giornale delle leggi*, 1878, n° 10. (L'auteur pense que le divorce prononcé à l'étranger ne peut avoir aucun effet pour le citoyen italien).

962. Hypothèque (de l') conventionnelle résultant d'un acte étranger, V. de Rossi, *Giornale delle leggi*, 1877, 353-4. (La légalisation suffit pour l'inscription, mais non pour l'expropriation des biens, ui pour la radiation de l'inscription).

963. Jugement étranger. Une nouvelle question relative à l'exécution des jugements étrangers (faculté de suspendre l'exécution, et de proroger le délai d'abord accordé; restitution d'un onfant mineur; réintégration du domicile conjugal), E. Salucci, *Arch. giur.*, XX, 521-525.

964. Mariage et contrat de mariage. La règle *locus regit actum* dans le mariage, Filomusi Guelfi, Filangieri, II, 1877.

965. Séparation de corps et divorce : notes et documents sur la cause entre le duc de San Théodore et sa femme, Anglaise de naissance, recueillis par Fr. Peluso, Naples, 1878, 150 p. in-4°.

966. Sociétés étrangères dans le territoire national, E. Vidari, *Giornale delle leggi*, 1878, n°s 4, 7.

DROIT PÉNAL INTERNATIONAL.

967. Le droit pénal international dans le projet du Code pénal approuvé par la Chambre des députés, G. Manfredini, *Monit. dei trib.*, 1878, n° 24.

968. Extradition. — La procédure de l'extradition dans ses rapports avec la conscience juridique des nations, de Gioannis Gianquinto, *Arch. giur.*, XIX, 190-210.

969. — De quelques questions en matière d'extradition, Gripo, *Figieri*, 1877, I.

970. — De l'extradition (en Belgique) selon la loi du 15 mars 1874, Verdussen, *Rivista penale*, 1877, II.

J. Enregistrement.

971. Les émoluments des receveurs de l'enregistrement : l'agio doit-il être conservé ou aboli? Ant. Monti. Milan, 1877, 72 p. in-8°; 1 fr. 50.

K. Notariat.

972. Observations sur le projet de loi relatif au notariat, Villa Pernice, Milan, 1877.

Digitized by Google

L Histoire du droit et biographie des jurisconsultes.

GÉNÉRALITÉS ET VARIA.

973. La famille primitive et le droit naturel, L. Miraglia. Naples, 1877, Giannini.

974. La revendication des meubles dans l'ancien droit germanique, A. del Vecchio, *Arch. giur.*, XX, 29-48 ; 236-282.

975. Les lois pénales des anciens Chinois, Andreozzi, Florence, 1878, Civelli, 194 p. in-8° ; 2 fr.

HISTOIRE DU DROIT ITALIEN.

976. Les précurseurs italiens d'une nouvelle école de droit romain au XVe siècle, Dante Dal Re. Rome, 1878, 112 p. in-8°.

977. Collection de documents relatifs aux anciennes assemblées représentatives de la Savoie et du Piémont, t. XV des *Monumenta historiæ patriæ*, Bellati ; avec une introduction : considérations historiques sur les anciennes assemblées représentatives du Piémont et de la Savoie, par le comte Fréd. Sclopis. Turin, 1878, 428 p. in-8°.

978. Profils d'une histoire de la législation en Sardaigne, Soro Delitala. Rome, 1878, 52 p. in-8°, Pallotta.

979. Études de droit lombard, première étude, les sources du droit lombard, Ces. Nani. Turin, Loescher, 1877, 100 p. in-8° ; 2 fr. 50.

980. Statuts de la commune de Bologne, de 1245 à 1267, publiées par L. Freti. Bologne, impr. royale.

981. Les statuts de Rome (*statuta almæ urbis;* notions historiques sur les divers manuscrits et les éditions des statuts de Rome, leurs compilations et leurs réformes, de 1430 à 1580), par Vito La Mantia. Legge, 1877, 3e partie, p. 339, et à part 25 p. in-8° ; Rome, Civelli.

982. Histoire de la législation civile et criminelle de Sicile, comparée avec les lois italiennes et étrangères depuis les temps anciens jusqu'à nos jours, Vito La Mantia. Palerme, 1866-1874, 3 vol. in-8° ; 9 fr. (Tome Ier, des temps anciens à 1409 ; t. II, 1re partie, de 1409 à 1806 ; t. II, 2e partie, de 1806 à 1874 ; faisant suite aux deux volumes d'*Époque antique*; I, temps primitifs et *Greco-siculi*. Palerme, 1858 ; II. domination des Romains, des Goths, des Byzantins et des Musulmans. Palerme, 1859 ; les 2 vol., 2 fr. 50. — Du même, *Coutumes* des villes de Sicile, éditées et inédites, Palerme, 1859 ; les six volumes ensemble, 13 fr.

983. Histoire des juridictions pénales en Italie, de la fin du

Digitized by Google

XVIIIe siècle à la constitution du royaume d'Italie, C. Ratti. Catane, 1878, 128 p. in-8°.

BIOGRAPHIE DES JURISCONSULTES.

984. Alb. Gentil : Études de G. Speranza. Rome, 1876, Pellota. (V. *suprà*, n°s 711, 954, 955).

985. Rocco Niccola. Discours négrologique avec quelques mots sur le développement du droit international privé, Ste. Jannuzzi, *Filangieri*; II, 1877, Naples, Vallardi.

986. Romagnosi G. D. considéré surtout comme mathématicien; notice historique, Andr. Stiattesi. Florence, 1878, Campolini, 80 p. in-8°; 1 fr. 50.

M. Droit canonique.

987. *Prælectiones juris canonici ad methodum Decretalium Gregorii exactæ, quas in scholis pontificii seminarii romani tradebat, canon Phil. de Angelis*, tome I. Rome, Della Pace, 1877, 316 et 432 p. in-16 (en deux parties). (V. *infrà*, n° 1002.)

N. Droit naturel et philosophie du droit.

988. Principes fondamentaux du droit naturel, G. Nitopi. Rome, 1878, Tenconi, 104 p. in-16; 1 fr. 50.

989. Théories fondamentales de la philosophie du droit, V. Lilla. Naples, 1878; 3 fr.

990. La théorie du progrès législatif, Nasi-Virgilio. Trapani, 1877, impr. Rizzi.

991. Genèse et développement des diverses formes de société civile et politique, G. Carle. Turin, 1878, Bocca, 40 p. in-8°. (Leçon d'ouverture du cours de philosophie du droit.)

O, Enseignement du droit.

992. Rapport sur les études faites dans le séminaire historico-juridique de Pise, en 1877, par les directeurs (Buonamici, Scolari, Serafini), *Arch. giur.*, XIX, 530-545. (V. *suprà*, n° 736.)

993. La statistiqne et la science de l'administration dans les facultés de droit, C. Ferraris, *Giornale degli economisti*, V (n° 4).

P. Législations étrangères.

994. Allemagne. Code de procédure pénale du 1er février 1877, (traduction, suite : *Rivista penale*, VII, 412-428 (§§ 196-317); VIII, 56-86 (§ 318-506 et dernier).

Digitized by Google

995. Loi sur l'organisation judiciaire du 27 janvier 1877; traduction, *Rivista penale*, VIII, 153-167 (§ 1-99); 243-259 (§ 100-204 et loi d'introduction). — Cette traduction du Code de procédure pénale et de la loi sur l'organisation judiciaire de l'empire d'Allemagne a été publiée à part. Rome, 120 p. in-8°, 1878; 4 fr.

996. Autriche. Système du droit privé général autrichien, de J. Unger, traduction italienne sur la 3e édition allemande, avec notes, par Fr. Kirchmayer (premier fascicule). Zara, 1877, Woditzka.

997. — Manuel pratique des livres fonciers suivant les lois autrichiennes, de Franc. Hoffenhuber, traduit et annoté pour ce qui offre de l'intérêt juridique, par le Dr Ag. Masovcic, sur la 2e édition allemande. Zara, 1877, Spiratrale, t. Ier, 230 p. in-8°.

998. — Les motifs du règlement de procédure pénale, mis en vigueur par la loi du 23 mai 1873; traduction et étude, Ant. Deglivellio. Zara, 1878, XXI, 300 p. in-8°, librairie internationale; 6 fr. 25.

999. Europe. Études de législation et de statistique comparée sur la propriété foncière en Europe. F. Colaci. I, Grande-Bretagne, 52 p. in-8°. Rome, 1878, Botta.

1000. Hollande. Le dernier projet de Code pénal hollandais (1875), traduction italienne et études, Em. Brusa, professeur de droit pénal à l'Université d'Amsterdam (auparavant à celle de Modène), 1877.

Q. Économie politique.

GÉNÉRALITÉS.

1001. Bibliothèque de l'économiste; continuation; t. V, le système social de l'économie politique, manuel complet de l'économie politique et implicitement de la politique économique et de l'économie publique, du Dr Alb. Eber. Fr. Schäffle, ancien ministre du commerce dans l'empire d'Autriche. (V. *suprà*, n° 766.)

1002. L'économie politique étudiée d'après la méthode positive, A. Marescotti. Bologne, 1878, Zanichelli; 460 p. in-8°; 4 fr.

1003. L'économie politique et le droit canonique, L. Luzzati, *Giornale degli economisti*, V (n° 3).

1004. Histoire de l'économie politique aux XVIIe et XVIIIe siècles dans les États de la république de Venise, avec des documents inédits, A. Errera, 1878. Venise, Antonelli, 570 p. in-8°.

SPÉCIALITÉS.

1005. Dettes publiques (les) dans l'économie nationale, Ant. Salandra. Naples, 1877, Perrotti.

1006. Grains (la théorie du commerce des) en Italie, V. Cusumano, *Arch. giur.*, XIX, 237-285, 366-419. (V. *suprà*, n° 793.)

Digitized by Google

1007. Monnaie : les internationalistes et la question monétaire, C. Rusconi. Rome, 1877, 24 p. in-8°.

R. Statistique.

1008. Les sceptiques de la statistique, Ar. Gabelli. Rome, 1877, typ. elzévirienne. (Défense de la statistique contre les diverses accusations dont elle a été l'objet.)

1009. Statistique des affaires civiles et commerciales et des affaires pénales pendant l'année 1875. Rome, 1877, impr. royale, CXXI-503 p. in-folio.

1010. Notes statistiques sur les condamnations à la peine de mort en Italie pendant les dix années 1867-1876, publiés par le ministère de la justice. Rome, 1878.

1011. Statistique des prisons pour 1875; publication du ministère de l'intérieur. Palerme, impr. du bagne ; CCXXXII-544 p. in-4°. Rapport et tableaux : I, considérations générales; II, condamnés adultes; III, Mineurs; IV, Prisons judiciaires; V, Établissements pénaux; VI, Maisons de garde; VII, Institutions pieuses, *riformatorii*. Appendice : les îles de Pianosa et de Montecristo.

S. Médecine légale.

1012. La médecine légale selon les dernières études en Allemagne et en Italie, C. Lombroso. Turin, 1877, Bocca; 3 fr. (V. *suprà*, n°s 840, 894.)

1013. La syphilis héréditaire étudiée dans ses rapports avec la clinique, l'hygiène et la médecine légale, P. Ferrari. Pise, 1877, Nistri; 3 fr. 50.

1014. Tanatologie et de traumatologie (Manuel de), Aug. Filippi. Pise, 2 vol. in-18, 1877, Nistri.

L'Éditeur-Gérant : COTILLON.

Digitized by Google

TABLE PAR ORDRE DES MATIÈRES.

DROIT CIVIL.

Pages.

De la dénonciation de l'ouverture de l'ordre à l'adjudicataire, par *M. Émile Benoît*. 1
De l'incendie de la chose louée, par *M. L. Guillouard*. 13
De la nature du droit d'auteur, considéré à un point de vue général, par *M. André Morillot*. 111
Examen critique de l'arrêt de la Cour de cassation (Félix *c.* Gimat), par *M. Bugniet*. 216
Résolution. Nullité radicale. Échange. Éviction, par *M. Naquet*. . . . 225
De l'interprétation des volontés dans le Code civil, par *M. G. Appert*. 272
Jurisprudence sur la capacité civile des femmes. — Retour du Velléien, par *M. Vavasseur*. 289
Observations sur la loi Cincia, par *M. Machelard*. 298
De la loi sur la transcription et de l'hypothèque judiciaire, par *M. Labbé*. 383
Revue de la jurisprudence en matière d'enregistrement, par *M. Testoud*. 433
Du rétablissement du titre du Code civil et de la nécessité d'une nouvelle édition officielle des Codes, par *M. Jeanvrot*. 464
De la loi sur l'aliénation et la conversion des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits, par *M. Julien Bregeault*. 594
Les obligations civiles à ordre, leur validité, leurs avantages, par *M. Henri Pascaud*. 705
Études sur les secondes noces. De ceux qui peuvent contracter un second mariage, par *M. Prosper Schaeffer*. 719

DROIT COMMERCIAL.

De la responsabilité des fondateurs et administrateurs de sociétés anonymes aux termes de l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867, par *M. Léon Choppard*. 65
Questions pratiques en matière d'abordage maritime, par *M. Deloynes*. 238
Des pouvoirs et de la responsabilité de la chambre syndicale des agents de change, par *M. Ch. Flinieux*. 325
Essai sur les faillites clôturées pour insuffisance d'actif, par *M. André Sabatier*. 344
De la perte des lettres de change, par *M. P. V. Beauregard*. 439

Digitized by Google

Pages.

De la nécessité de l'uniformité des lois sur les marques de fabrique ou de commerce emblématiques et sur le nom commercial, par *M. Ch. Lyon-Caen*. 693
D'un adoucissement à la loi sur les faillites, par *M. André Sabatier*. 743

DROIT CRIMINEL.

Conseil supérieur des prisons, discussion sur les mesures répressives de la récidive et particulièrement de celle de la transportation pénale, opinions de *M. Ch. Lucas*. 82, 181
Les Sociétés de patronage et les établissements de refuge pour les libérés adultes, par *M. H. Pascaud*. 203
Questions pratiques sur la contumace, par *M. René Garraud*. 369
Les garanties des inculpés pendant l'information préalable, par *M. Henri Pascaud*. 529
Lettre de *M. Ch. Lucas* à M. le docteur Wines, sur l'utilité des travaux préparatoires et notamment des rapports relatifs aux questions soumises aux délibérations du Congrès de Stockholm. 645

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF.

De la responsabilité des fonctionnaires publics sous l'empire du décret du 19 septembre 1870, par *M. Paul Bernard* (2e partie). . . 41, 91
Du déclassement des routes départementales, par *M. Léon Choppard*. 145
De la propriété des églises paroissiales et des presbytères rendus au service du culte en l'an X, par *M. Léon Aucoc*. 170
Note sur l'application des lois nouvelles à l'Algérie, par *M. Albert Desjardins*. 194
De la taxe des biens de mainmorte, établie par la loi du 20 février 1849, par feu *M. Reverchon*. 396, 555, 622
Essai sur l'administration municipale de Bordeaux sous l'ancien régime, par *M. H. Barckhausen*. 472
Étude sur les libéralités faites aux établissements non reconnus, par *M. Marguerie*. 513
De la nomination des instituteurs communaux, par *M. O. Le Vavasseur de Précourt*. 609
La législation spéciale de la Corse et les arrêtés Miot, par *M. Jeanvrot*. 659

BIBLIOGRAPHIE.

Principes de l'enregistrement en forme de commentaire de la loi du 22 frimaire an VII, par *M. Demante;* compte rendu par *M. Ch. Testoud*. 60
Traité théorique et pratique des opérations de la Bourse, par *M. Buchère;* compte rendu par *M. Ch. Lyon-Caen*. 137
Le manuscrit de Vérone, par *M. Goudsmit;* compte rendu par *M. Esmein*. 138

Digitized by Google

Pages.

Explication élémentaire du Code civil, mise en rapport avec la doctrine et la jurisprudence, par *M. J. J. Delsol;* compte rendu par *M. Félix Berriat Saint-Prix*. 140

Les sources des établissements de Saint-Louis, par *M. Paul Viollet;* compte rendu par *M. Ph. Jalabert*. 221

Les plus principales et générales coustumes du duchié de Lorraine, par *M. Ed. Bonralot;* compte rendu par *M. Paul Viollet*. 285

Les conseils généraux. Interprétation de la loi organique du 10 août 1871; compte rendu par *M. S. Migneret*. 356

Questions de droit maritime, par *M. Alfred de Courcy;* compte rendu par *M. Ch. Lyon-Caen*. 358

De la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne, par *M. André Morillot;* compte rendu par *M. A. Esmein*. 366

L'esprit du droit romain, dans les diverses phases de son développement, par *M. R. von Ihering;* traduit par *M. O. de Meulenaere;* compte rendu par *M. A. Esmein*. 419

Du calcul de la durée des peines, par *M. Augustin Cabat;* compte rendu par *M. A. Esmein*. 428

Programme du cours de droit romain, par *M. Ernest Dubois;* compte rendu par *M. C. Accarias*. 430

Des faillites, loi spéciale en vigueur en Autriche, traduite et annotée par *M. Félix Salles;* compte rendu par *M. Ch. Lyon-Caen*. . . . 504

Des voies publiques et privées, modifiées détruites ou créées par suite de l'exécution des chemins de fer, par *M. Féraud-Giraud;* compte rendu par *M. E. Jobbé-Duval*. 505

Législation et jurisprudence concernant la propriété littéraire et artistique, par *M. Ch. Fliniaux;* compte rendu par *M. Ch. Lyon-Caen*. 607

Mœurs judiciaires de la France du XVIe siècle au XIXe, par *M. Ch. Bataillard;* compte rendu par *M. A. Gervais*. 700

Répertoire, contenant (avec une revue politique de l'année) le compte rendu des travaux du Sénat et de la Chambre des députés, les lois, décrets, circulaires et documents divers concernant chaque ministère, etc., par *M. Valframbert;* compte rendu par *M. Debacq*. 753

Bibliographie juridique italienne, par *M. Ernest Dubois*. 757

NÉCROLOGIE.

Reverchon, par *M. Accarias*. 63

Digitized by Google

TABLE PAR NOMS D'AUTEURS.

MM.		Pages
ACCARIAS	M. Reverchon	63
—	Programme du cours de droit romain, par *M. Ernest Dubois*	430
APPERT	De l'interprétation des volontés dans le Code civil	272
AUCOC	De la propriété des églises paroissiales et des presbytères rendus au service du culte en l'an X	170
BARCKHAUSEN	Essai sur l'administration municipale de Bordeaux sous l'ancien régime	472
BEAUREGARD	De la perte des lettres de change	439
BENOÎT	De la dénonciation de l'ouverture de l'ordre à l'adjudicataire	1
BERNARD	De la responsabilité des fonctionnaires publics sous l'empire du décret du 29 septembre 1870	41, 91
BERRIAT SAINT-PRIX	Explication élémentaire du Code civil, mise en rapport avec la doctrine et la jurisprudence, par *M. J. J. Delsol*	140
BREGEAULT	De la loi sur l'aliénation et la conversion des valeurs mobilières appartenant aux mineurs et aux interdits	594
BUGNIET	Examen critique de l'arrêt de la Cour de cassation (Félix contre Gimat)	216
CHOPPARD	De la responsabilité des fondateurs et administrateurs de sociétés anonymes aux termes de l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867	65
—	Du déclassement des routes départementales	145
DEBACQ	Répertoire, par *M. Valframbert*	753
DELOYNES	Questions pratiques en matière d'abordage maritime (suite)	238
DESJARDINS	Note sur l'application des lois nouvelles à l'Algérie	194
DUBOIS	Bibliographie juridique italienne	757
ESMEIN	Le Manuscrit de Vérone, par *M. Goudsmit*	138
—	De la protection accordée aux œuvres d'art, aux photographies, aux dessins et modèles industriels et aux brevets d'invention dans l'Empire d'Allemagne, par *M. A. Morillot*	366
—	L'esprit du droit romain, dans les diverses phases de son développement, par *M. von Ihering*; traduit par *M. O. de Meulenaere*	419
—	Du calcul de la durée des peines, par *M. Cabat*	428
FLINIAUX	Des pouvoirs et de la responsabilité de la chambre syndicale des agents de change	325
GARRAUD	Questions pratiques sur la contumace	369
GERVAIS	Mœurs judiciaires de la France du XVIe siècle au XIXe, par *M. Ch. Bataillard*	700
GUILLOUARD	De l'incendie de la chose louée	13
JALABERT	Les sources des établissements de saint Louis, par *M. Paul Viollet*	221
JEANVROT	Du rétablissement du titre du Code civil et de la nécessité d'une nouvelle édition officielle des Codes	464
—	La législation spéciale de la Corse et les arrêtés Miot	659

Digitized by Google

MM. Pages

JOBBÉ-DUVAL. . . . . Des voies publiques et privées modifiées, détruites ou créées par suite de l'exécution des chemins de fer, par *M. Féraud-Giraud*. 505

LABBÉ. . . . . De la loi sur la transcription et de l'hypothèque judiciaire. 383

LE VAVASSEUR DE PRÉCOURT. De la nomination des instituteurs communaux. 609

LUCAS. . . . . Conseil supérieur des prisons. Discussion sur les mesures répressives de la récidive et particulièrement de celle de la transportation pénale. 82, 181

— Lettre de M. Ch. Lucas à M. le docteur Wines, sur l'utilité des travaux préparatoires et notamment des rapports relatifs aux questions soumises aux délibérations du Congrès de Stockholm. 645

LYON-CAEN. . . . . Traité théorique et pratique des opérations de la Bourse, par *M. Buchère*. 137

— Questions de droit maritime, par *M. de Courcy*. 358

— Des faillites, loi spéciale en vigueur en Autriche, traduite et annotée par *M. F. Salles*. 504

— Législation et jurisprudence concernant la propriété littéraire et artistique, par *M. Charles Fliniaux*. 607

— De la nécessité de l'uniformité des lois sur les marques de fabrique ou de commerce emblématiques et sur le nom commercial. . . 693

MACHELARD. . . . . Observations sur la loi Cincia. 298

MARGUERIE. . . . . Étude sur les libéralités faites aux établissements non reconnus. 513

MIGNERET. . . . . Les conseils généraux. Interprétation de la loi organique du 10 août 1871. 356

MORILLOT. . . . . De la nature du droit d'auteur, considéré à un point de vue général. 111

NAQUET. . . . . Résolution. Nullité radicale. Échange. Éviction. 225

PASCAUD. . . . . Les sociétés de patronage et les établissements de refuge pour les libérés adultes. . 203

— Les garanties des inculpés pendant l'information préalable. 529

— Les obligations civiles à ordre, leur validité, leurs avantages, par *M. Henri Pascaud*. . 705

REVERCHON. . . . . De la taxe des biens de mainmorte, établie par la loi du 20 février 1849. . 396, 555, 622

SABATIER. . . . . Essai sur les faillites clôturées pour insuffisance d'actif. 344

— D'un adoucissement à la loi sur les faillites. 743

SCHAEFFER. . . . . Études sur les secondes noces. De ceux qui peuvent contracter un second mariage. . . 719

TESTOUD. . . . . Principes de l'enregistrement en forme de commentaire de la loi du 22 frimaire an VII, par *M. G. Demante*. 60

— Revue de la jurisprudence en matière d'enregistrement 433

VAVASSEUR. . . . . Jurisprudence sur la capacité civile des femmes. Retour du Velléien. 289

VIOLLET. . . . . Les plus principales et générales coustumes du duchié de Lorraine, par *M. Bonvalot*. 285

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, rue Racine, 26.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

ANNUAIRE

DE

LÉGISLATION ÉTRANGÈRE

PUBLIÉ PAR LA

SOCIÉTÉ DE LEGISLATION COMPARÉE

CONTENANT LA TRADUCTION DES

PRINCIPALES LOIS VOTÉES DANS LES PAYS ÉTRANGERS

EN 1877

SEPTIÈME ANNÉE

1 fort vol. grand in-8° (1878). — Prix : 12 fr.

PRÉCIS

DE DROIT ROMAIN

PAR C. ACCARIAS

PROFESSEUR AGRÉGÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

Tome Ier, livre I et II des Institutes de Justinien

3e ÉDITION, corrigée et notablement augmentée

1 fort volume in-8°. — Prix : 12 fr.

Tome II, livre III et IV des Institutes en cours de publication

Prix de la souscription : 10 fr.

BIBLIOGRAPHIE RAISONNÉE

DU DROIT CIVIL

COMPRENANT

LES MATIÈRES DU CODE CIVIL ET DES LOIS POSTÉRIEURES QUI EN FORMENT LE COMPLÉMENT

ACCOMPAGNÉE

d'une table alphabétique des noms d'auteurs

PAR E. DRAMARD

PRÉSIDENT DU TRIBUNAL D'ARBOIS

1 vol. in-8°. — Prix : 12 francs

Paris. — Imprimerie Arnous de Rivière, 26, rue Racine.

Digitized by Google